

Milddadigheid en nagestreefd eigenbelang in het Privaatrecht

Academisch Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor in de rechtsgeleerdheid aan de R. K. Universiteit te Nijmegen, op gezag van de Rector Magnificus Mgr. Dr. A. J. M. Mulders, Hoogleraar in de faculteit der Godgeleerdheid, volgens besluit van de senaat der Universiteit in het openbaar te verdedigen op
Woensdag 23 April 1947 des namiddags te 3 uur

door

ARTHUR JOZEF JEAN CONSTANT BEGHEYN

geboren te Venlo.

JURIDISCHE BOEKHANDEL EN UITGEVERIJ
A. JONGBLOED & ZOON
'S-GRAVENHAGE
1947

10

11

12

13

14

15

Promotor:

Prof. Mr. CH. J. J. M. PETIT.

Milddadigheid en nagestreefd eigenbelang in het Privaatrecht

Academisch Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor in de rechtsgeleerdheid aan de R. K. Universiteit te Nijmegen, op gezag van de Rector Magnificus Mgr. Dr. A. J. M. Mulders, Hoogleraar in de faculteit der Godgeleerdheid, volgens besluit van de senaat der Universiteit in het openbaar te verdedigen op
Woensdag, 23 April 1947 des namiddags te 3 uur

door

ARTHUR JOZEF JEAN CONSTANT BEGHEYN

geboren te Venlo.

JURIDISCHE BOEKHANDEL EN UITGEVERIJ

A. JONGBLOED & ZOON

'S-GRAVENHAGE

1947

*Niet door onszelf, en als door eigen
kracht zijn wij in staat, iets te bedenken;
maar onze geschiktheid is uit God.*
2 Kor. 3. 5.

INLEIDING.

Welke rol speelt in ons privaatrecht het feit, dat een rechts-subject bij het verrichten van een zekere handeling of bij een zeker nalaten het doel heeft een ander te bevoordelen? Ziedaar de vraag die ik wil trachten in deze studie op te lossen.

Men kan langs twee wegen trachten het antwoord te achterhalen: Vooreerst kan men, uitgaande van het subiect en daarbij de vrijgevigheidsbedoeling stellende, nagaan hoe een subiect zich in rechte kan gedragen en dan de correlatie tussen die bedoeling en zijn gedrag onderzoeken; vervolgens kan men, uitgaande van een vermogensverschuiving, de betekenis van een vrijgevigheidsbedoeling bij de daarbij betrokken subiecten nagaan.

Ik zal beide wegen bewandelen om verscheidene redenen:

De zeldzaamheid van jurisprudentie juist op de beslissende punten zowel in binnen- als buitenland dwingt mij een voornamelijk deductieve methode te volgen. Deze methode, waarvan men pleegt te zeggen, dat zij inzicht geeft, staat in de rechtswetenschap wat betreft het verschaffen van zekerheid ten achter bij de inductieve. Volgt men twee wegen van deductie, die tot eenzelfde resultaat leiden dan is dit bezwaar grotendeels vervallen, vooral indien blijkt dat wij op beide wegen niet geheel de wegwijzers van de jurisprudentie hoeven te missen.

Vervolgens zijn de objecten van de beide methoden niet geheel gelijk.

Vermogensverschuiving is enerzijds ruimer dan handelen of nalaten, omdat vermogensverschuiving kan plaats vinden zonder enig handelen of nalaten, anderzijds beperkter, omdat erop talloze wijzen gehandeld of nagelaten kan worden zonder dat hiervan een vermogensverschuiving het gevolg is.

Aangezien men in de praktijk, sprekende over schenking, zowel aan handelen of nalaten als aan vermogensverschuiving pleegt te denken, was het bewandelen van beide wegen wenselijk.

Een derde reden was, dat ik meende op deze wijze een overzichtelijker systematiek te krijgen dan gebruikelijk is en daardoor voor mijzelf en hopelijk ook voor de lezers de niet eenvoudige problemen te vergemakkelijken.

Ik wil de tweede weg het eerst bewandelen: ik zie dus bij iemand een vermogensbestanddeel, dat zijn vermogen verlaat en in dat van een ander komt. Ik zie daarbij subiecten, die milddadigheidsbedoelingen hebben. Welke rol speelt deze bedoeling? Het zal blijken dat deze bedoeling deze vermogensverschuiving rechtvaardigt.

Aldus zien wij een grote parallel tussen de studie van de schenking en die van de ongegronde vermogensvermeerdering: wij kunnen en zullen hiervan groot nut hebben. Anderzijds zijn deze studies controversen: wel bezien zij beide een vermogensverschuiving, maar terwijl bij de schenking slechts één geval van gegrond zijn van belang is, zijn bij de ongegronde vermogensvermeerdering al die gevallen van belang. De hier te behandelen problemen van de vermogensverschuiving hebben dus voor de studie van de schenking lang niet die betekenis die ze bij de andere hebben. Ik zal er daarom niet al te diep op ingaan, omdat mij een groot gebied wacht, waarop hij, die de ongegronde vermogensvermeerdering bestudeert zich niet behoeft te begeven. Aldus, meen ik, is een billijke werkverdeling verkregen.

Welaan: wij gaan op weg. Maar aanstonds stoten wij op de vraag: „Wat is vermogen en welk karakter heeft dit?” Aan deze kwestie zij het eerste hoofdstuk gewijd.

HOOFDSTUK I.

Het vermogen en zijn persoonlijk karakter.

„Vermogen”, het werkwoord, betekent „kunnen” „pouvoir”: juridisch vermogen is het in rechte relevante kunnen. Meestal gebruikt men „vermogen” in een meer beperkte zin; vermogen wordt dan in het Frans vertaald door „patrimoine”. Dit wordt dan gesplitst in goederen en rechten. Art. 555 B.W.

1. Goederen. Enige uitwerking is noodzakelijk. Met goederen wordt bedoeld het eigendomsrecht op die goederen. Dit recht heeft meer facetten, zoals b.v. het recht op genot. Dit — hoewel systematisch onder de eigendom zelf te brengen — kan zeker als zelfstandig vermogensbestanddeel beschouwd worden, hetgeen onze wet herhaaldelijk doet b.v. bij het vruchtgebruik of bij de bruiklening. Zo kan ook de blote eigendom als afzonderlijk vermogensbestanddeel beschouwd worden.

Verder kan men de eigendom bezien als waardedragers. Onze wet erkent dit door instituten als het hypotheekrecht en de inpandgeving.

2. Rechten. Ook hier zijn weinig moeilijkheden. Onze wet geeft aan welke rechten zij kent.

Het zijn:

- a. de zakelijke rechten, die men echter ook reeds onder groep 1 kan brengen;
- b. de „intellectuele” eigendom, een begrip, waarvan de omvang niet vaststaat. Ik wijs slechts op de begrippen als handelszaak, handelsnaam en goodwill. Maar het is niet mijn taak, hier de grens scherp te trekken.
- c. alle persoonlijke rechten of liever verbintenissen.

Vele bevoegdheden vallende onder „pouvoir” brengt men niet onder „patrimoine”. Ik noem b.v. de bevoegdheid om een huwelijk te sluiten. Het is begrijpelijk; een dergelijke bevoegdheid is onoverdraagbaar; zij behoort niet tot het maatschappelijk verkeer. Zo is het met de meeste, zo niet alle bevoegdheden buiten het patrimonium. Toch zal ik om de zaak geheel zuiver te stellen van het ruime begrip vermogen uitgaan.

Uiteraard — en hier ligt een eerste beperking, — heeft mijn theorie, die immers van de vermogensverschuiving uitgaat, alleen betekenis, indien een dergelijke verschuiving mogelijk is.

Brengt men alle overdraagbare bevoegdheden onder patrimonium dan heeft dit wijdere uitgangspunt alléén betekenis voor die bevoegdheden, die wel zelf niet overdraagbaar zijn, maar waarvan de vruchten, de resultaten aan anderen ten goede kunnen komen. Ik denk met name aan het arbeidsvermogen. Is dit uit zijn aard niet overdraagbaar, van het gebruik er van kunnen anderen dan de arbeider het genot hebben.

Schulden vallen buiten de beschouwing. Wel worden zij vaak onder vermogen = patrimoine gerangschikt, maar uitgaande van de grondidee van vermogen = pouvoir is dit niet geheel consequent. Hun karakter is principieel tegengesteld aan dat van de activa. In het devies van de laatste staat „behoud”; in dat van de schulden „ondergang”. Dit is beslissend. Immers het uitgangspunt van mijn hele betoog is juist dat behoud, het persoonlijke karakter, de inertie van het vermogen. Dit neigt tot rust; zonder meer blijft het bij zijn drager.

De uiteindelijke motivering van dit persoonlijke karakter ligt op het gebied van de rechtsphilosophie. Ik kan dit bewijs echter laten rusten en aan meer deskundigen overlaten. Voor mij is immers slechts van belang of ons positieve recht dit beginsel van het persoonlijke, het inerte karakter van het vermogen erkend heeft. Dan is immers voor ons, los van iedere filosofie, dit beginsel leiding gevend. Welnu, ons recht erkent dit beginsel zeer duidelijk. Om dit te bewijzen hoef ik slechts een greep te doen uit een overvloed van regels.

Vooreerst de revindicatie: wanneer het voorwerp van iemands eigendom zich niet bij de eigenaar zelf bevindt, heeft deze in beginsel het recht de zaak weer bij zichzelf te brengen. Hierbij sluit zich ook de bewijslast in casu aan ¹⁾: wie bewijst eigenaar geworden te zijn kan daarmee volstaan. Het is aan zijn tegenpartij te bewijzen, dat deze daarna de eigendom verkregen heeft. Het bewijsrecht gaat er dus vanuit, dat zonder meer de eigendom blijft waar hij is. De afwijkende bewijslast bij roerende goederen vindt zijn rechtvaardiging in de bijzondere verkeerseisen ten aanzien van die goederen en kan dus niet als tegenargument dienen.

Vervolgens de actie uit ongegronde vermogensvermeerdering of — indien men van mening is, dat ons recht deze niet in het algemeen kent — de verschillende toepassingen ervan in ons recht. Ik noem slechts de artt. 630, 658 en 1395 B.W.

Geldt het bovenstaande meer de zakelijke rechten, bij de persoonlijke is het nog duidelijker. Ik wijs slechts op de regel, dat men moet betalen aan de schuldeiser. „Vanzelfsprekend”, zegt U, geachte lezer, maar daarmee geeft U blijk in te zien, dat het vermogen een sterk persoonlijk karakter heeft.

Voor de industriële eigendom wijs ik op bepalingen als de artt. 1 en 2 auteurswet, 1 en 30 octrooiwet en 3 en 10 merkenwet. Maar uit

¹⁾ Cfr. Asser — Scholten II p. 96 v. en 234 v.

dit instituut van de industriële eigendom blijkt nog meer nl. dat de wetgever ook het persoonlijke karakter van het arbeids- en denkvermogen erkent. De vruchten ervan zijn voor hem, die arbeidt of denkt. Dit formuleert men als auteursrecht, recht op het octrooi, recht op het merk.

Het persoonlijk karakter van het arbeidsvermogen blijkt ook nog uit andere wettelijke regelingen. Zelfs blijkt, dat de wetgever het persoonlijke karakter van de arbeid nog sterker achtte dan dat van het „patrimoine”. Wanneer immers bij de zaaksvorming de hehoudzucht van de eigendom en die van de arbeid botsen wint de arbeid het. Art. 661 B.W. Het persoonlijk karakter van de eigendom blijft echter ook in dit geval erkend door de plicht tot schadevergoeding van degene, die de zaak vormde. De bijzondere kracht van het persoonlijke karakter van de arbeid blijkt ook nog hieruit, dat zelfs onbekwamen enige beschikkingsbevoegdheid over de vruchten van hun arbeid genieten. Cfr. artt. 1637 f en g B.W.

Een nieuw bewijs ligt in bepalingen als de artt. 75 o en r W. v. K. 522 en 1068 B.W. Het persoonlijk karakter betekent immers, dat de arbeider recht heeft op de vruchten van zijn arbeid. De gevallen van de artt. 469 en 1393 B.W. bevestigen als op goede gronden steunende uitzonderingen eveneens de regel.

Vergelijk de pauselijke encycliciek *Rerum Novarum* (vertaling R.K. Werkliedenverbond nr. 34): „’s menschen arbeid heeft een tweevoudig karakter; hij is vooreerst persoonlijk, omdat de werkkraacht vastzit aan den persoon en het volle eigendom is van hem, door wien deze wordt uitgeoefend en tot wiens nut hij bestemd is; vervolgens is de arbeid ook noodzakelijk, omdat de mensch de vrucht van zijn arbeid noodig heeft voor de instandhouding zijns leven.”

Staat aldus vast, dat het vermogen een persoonlijk karakter heeft, dan betekent dat, dat alles, wat daarmee niet in overeenstemming is, abnormaal is en een rechtvaardiging behoeft. Indien dus een vermogensbestanddeel uit het ene vermogen in het andere schuift, behoeft dit rechtvaardiging; maar ook indien de vruchten of het genot daarvan verschuiven, is er een grond nodig. Immers ook het genot en de vruchten horen toe aan de vermogensdrager. Cfr. art. 547 Cc.

Hieruit volgt, dat een vermogensverschuiving (vermogen hier nemen in de zin van vruchten of genot) mogelijk is zonder vermogensverandering¹ (vermogen hier te nemen in de zin van de stamrechten). B.v. A geniet de vruchten van het recht van B; of A geniet de korte verbinding, die het terrein van B met de openbare weg schenkt; of A geniet de schoonheid van de eigendom van B; of A verkrijgt de resultaten van de arbeid van B. Ook indien een ander vermogen niet betrokken is bij de uitval van een vermogensbestanddeel uit een vermogen is dit iets, dat een rechtvaardiging behoeft. Men denke aan het wegwerpen van een zaak door de eigenaar.

Men pleegt in deze materie te spreken over verarming en verrij-

king. Naar ik meen ten onrechte. Is het immers de eventuele verrijking ten koste van een anders vermogen en niet de verschuiving, die om rechtvaardiging vraagt, dan zou bij een verschuiving die niet tot verrijking aanleiding geeft, niet naar een rechtvaardiging gevraagd hoeven te worden. Dit betekent, dat het in die opvatting geoorloofd is om bij een ander een voorwerp weg te nemen mits men maar een gelijke waarde aan hem doet toekomen, hetgeen niemand aanneemt. Ik mag niet Uw boek wegnemen, ook niet indien ik de prijs op tafel leg. Werpt U tegen, dat dit geld niet Uw eigendom wordt en ik dus wel verrijkt word, dan vraag ik waarom U geen eigenaar wordt van het geld en ik slechts bezitter van het boek. Het is de vermogensvermeerdering en niet de vermogensverschuiving, die gegrond moet zijn in de bestreden opvatting. Maar er is hier geen vermogensvermeerdering. De omvang van beide vermogens blijft gelijk. Waarom dan geen eigenaar? Ik kan trouwens een ander voorbeeld geven, waarin Uw tegenwerping niet opgaat; ik neem Uw koe weg, maar bezaai Uw akker. Het zaad, dat een gelijke waarde heeft als de koe, wordt krachtens de wet Uw eigendom. Een dergelijke ruil wordt in rechte niet geduld. Dit past niet in de leer van de gegronde vermogensvermeerdering, wel in die van de gegronde vermogensverschuiving. Zie hierover uitvoeriger hoofdstuk V.

Met dat al is het vinden van een betere terminologie moeilijk. Men kan wellicht nog het beste verarming vervangen door uitval en verrijking door inval.

Uitval en inval vragen rechtvaardiging. Wij zijn hier aangeland op het beroemde vraagstuk van de causa, zeer grondig bestudeerd bij de overeenkomsten, vrijwel braakliggend daar buiten. Op dit terrein vol vuurpoelen en ijsmassa's zullen wij moeten voortgaan. Moge daarbij de rechtvaardigheid mijn Vergilius, de billijkheid mijn Beatrice zijn.

Nog zullen wij even moeten toeven in het voorgeborchte. De begrippen uitval en inval moeten iets uitgediept worden, omdat zij per slot van rekening de polen zijn, waar tussen de schenking zich beweegt. Mij zij ook hier toegestaan mijn betoog summier te houden, daar ik nog steeds niet mijn speciaal terrein bereikt heb.

Dit summiere karakter is de verklaring van het feit, dat de lezer geen verhandeling zal vinden over een uitval en inval, die via het vermogen van een derde geschiedt. Ofschoon dit punt zeer belangrijk is en tot grote moeilijkheden aanleiding geeft, specifiek tot het kader van de schenking behoren deze kwesties niet. Zij, die hierover en over de andere in dit hoofdstuk besproken punten, meer wensen te weten, verwijs ik naar de dissertatie van Bregstein, met wiens beschouwingen de mijne in dit hoofdstuk op vele punten grote overeenstemming vertonen.

Gaat Bregstein echter uit van de „verrijking” ²⁾, mijn uitgangs-

²⁾ Bregstein p. 200 verstaat hieronder „het ontvangen van een waarde-

punt is de „uitval”. Daartoe dwingt ons m.i. de basis van alles: het persoonlijke karakter van het vermogen. Dit verschillend uitgangspunt geeft bovendien opheldering over verschillende moeilijkheden, bv. bij de morele voordelen (Bregstein p. 207). Dit probleem is geen probleem. Bregstein geeft o.a. het voorbeeld van een vrouw, die door haar man ter verpleging in een gesticht is geplaatst. Kan de vrouw na haar herstel voor de verplegingskosten worden aangesproken? Vraagt men naar de gegrondheid van de vermeederding; dan moet men i.c. eventueel een vermeederding construeren door te werken met normaliter bespaarde uitgaven. Maar als nu die vrouw bewijst, dat zij nimmer die uitgaven gemaakt zou hebben b.v. omdat zij in een bevriend gesticht gratis opgenomen zou zijn? Vraagt men echter naar de gegrondheid der verschuiving, dan geeft dit in dergelijke gevallen geen speciale moeilijkheden. De vrouw heeft het genot van de inwoning gehad; zij heeft voedsel gekregen, zij heeft de vruchten getrokken van de arbeid van anderen. Dit alles vraagt om rechtvaardiging. Of er economisch of moreel voordeel genoten is, doet bij de vraag naar de verschuiving niet ter zake.

Slaan wij thans Bregstein open op p. 215 dan vinden wij daar, dat er 3 manieren zijn waarop een verarming kan geschieden: vermindering van het actief; het aangaan van een schuld (vermeerdering van passief); het niet-vermeerderen van actief.

Spreekt het eerste vanzelf, de andere punten behoeven enige toelichting. Ongetwijfeld kan een verarming c.q. een schenking bestaan uit het aangaan van een schuld. Cfr. art. 1703 v. B.W. Maar hoe is dit te rijmen met mijn uitgangspunt, dat alles berust op het persoonlijke karakter van het vermogen? Hieraan zal ik nog aandacht moeten besteden als ik de schenkingsovereenkomst bespreek. Cfr. Hoofdstuk IV. Mijn uitgangspunt geeft er aanleiding toe voorlopig slechts de schenking van hand tot hand te bezien, die ook historisch voorafgaat. Bedenkt men echter dat een verbintenis verplicht tot toekomstige vermogensverschuiving, dan schijnt het mij niet moeilijk het verband te vinden. Onder het niet-vermeerderen van het actief vallen het niet-hebben van het genot of de vruchten van zijn vermogensbestanddeel (w.o. arbeidsvermogen). In mijn opzet valt deze derde manier van verarming reeds onder de eerste. Volgens Bregstein vallen gedeerde huurtermijnen onder de derde groep van verarming, terwijl gratis genot onder de eerste valt. Naar mijn opvatting vallen beiden onder de eerste.

Wat de kwijtschelding betreft: deze valt onder vermindering van het actief. Men bedenke, dat een geldige verbintenis betekent een gegronde — zij het dan ook nog niet geconcretiseerde — overgang uit het vermogen van de schuldenaar in dat van de schuldeiser.

element”. Hieruit concludeer ik dat Br., wanneer hij enkele regels verder schrijft: „Het enkele feit der vermogensovergang rechtvaardigt de actie” het begrip „vermogen” meer economisch dan juridisch neemt, t.w. als geheel van waardeelementen. Het vervolg van zijn tekst bevestigt dit. Ik vat de vermogensovergang zuiver juridisch op.

Kwijtschelding betekent de teruggang van dit vermogensbestand-deel, dus de overgang uit het vermogen van de schuldeiser in dat van de schuldenaar. Als zodanig moet hier ook naar een rechtvaardiging gevraagd worden.

Van groter belang acht ik het, nauwlettend toe te zien welk karakter de uitval heeft, met name op de min of meer blijvende aard van deze uitval. Laat mij enkele voorbeelden noemen: Indien ik een fraai huis bouw genieten de bureu mee; indien een boer zijn land goed zuivert van onkruid profiteren de rijnende landerijen; wanneer een bewindvoerder een vermogen goed beheert, worden de vorderingen beter.

Zijn dit voorbeelden, waarin de derde toevallig mee geniet, het is ook mogelijk, dat hij met opzet het genot dat hij van mijn zaken heeft vergroot: een reiziger komt mijn huis bewonderen; een bedelaar schuilt in mijn portiek; mijn buurman loopt over mijn land zonder mijn toestemming maar ook zonder mijn verzet.

Tenslotte is het nog mogelijk, dat de houding van de rechthabende op het vermogen zelf de uitval meebrengt: een schuldeiser laat zijn vordering verjaren; men laat zijn rechten ongebruikt. Kan men in al deze gevallen al van uitval spreken, het probleem der rechtvaardiging doet zich hier nog niet voor. Hier komt de tegenpool van de uitval nl. de inval een rol spelen. Zolang het uitgevallen niet ingevallen is, is de toestand juridisch gezien labiel: het huis kan worden afgebroken; de zorg voor het wieden vermindert; het schuilen in mijn portiek verboden; de vordering opgeëist; het recht uitgeoefend. Wij zouden hier kunnen spreken over een „bezit ter bede”.

Pas indien deze mogelijkheden uitgesloten zijn, is de vermogensverschuiving tot stand gekomen. Eerst wanneer ik mij jegens mijn buurman verplicht, mijn huis niet af te breken, heeft mijn buurman voor het recht mede het genot ervan gekregen. Eerst indien ik krachtens overeenkomst b.v. mijn rechten niet meer mag uitoefenen; is er een verschuiving uit mijn vermogen in dat van de debiteur tot stand gekomen.

Om deze reden is een testament ook geen schenking: door het herroepelijke karakter is er nog geen vermogensverschuiving geweest.

Ter illustratie een voorbeeld, dat ik aan Bregstein p. 214 ontleen: iemand had een dijk op zijn eigen grond aangelegd, en daardoor tevens andere landerijen beschermd. Had hij, die de dijk aanlegde, een actie uit ongegronde vermogensvermeerdering? Bregstein en ik ontkennen het beiden. Bregstein neemt verarming aan, maar geeft de actie niet omdat de voor de dijk gedane uitgaven gedekt worden door het voordeel, dat de aanlegger zelf geniet. Maar als dit nu eens tegen de verwachting in anders blijkt te zijn? Ook dan zou de eigenaar de dijk hebben aangelegd, omdat hij een groter voordeel verwachtte. Nu hij in deze verwachting teleurgesteld wordt kan hij toch geen verhaal zoeken op zijn bureu. Ik ontken-

de actie, omdat er geen vermogensverschuiving is. De aanlegger kan de dijk afbreken als hij er zin in heeft. Eerst indien hij zich verplicht dit niet te doen is er vermogensverschuiving, maar dan heeft hij ook recht op vergoeding.

Langs deze weg krijgen wij ook een bevredigende oplossing voor het geval van de spoorlijn naar Arles (Bregstein p. 245). De gemeente Arles kan niet aangesproken worden, omdat er nog geen vermogensverschuiving is. Bouwt men daarentegen op eens anders grond, dan is de vermogensverschuiving wel definitief. Het bouwsel wordt dan immers eigendom van de grondeigenaar, zodat de bouwer het beschikkingsrecht mist.

Uit het bovenstaande vloeit onmiddellijk voort, dat de inval moet samenhangen met de uitval. Het uitgevallene moet elders ingevallen zijn. Dit zgn. causale verband, waaraan Bregstein enkele bladzijden wijdt, levert verder geen moeilijkheden op.

HOOFDSTUK II.

Milddadigheid en Vermogensverschuiving.

Wij weten thans dat iedere vermogensverschuiving op grond van de aard van het vermogen een rechtvaardiging behoeft. Vragen wij nu in welke vorm deze rechtvaardiging aanwezig kan zijn, dan bevinden wij ons op een netelig terrein.

In verreweg de meeste gevallen vindt een vermogensverschuiving zijn grond in een tegengestelde verschuiving ¹⁾. De zgn. gemengde contracten laat ik voorlopig buiten beschouwing. Overigens is dit gebied voor mij niet van belang. Resten dus de eenzijdige verschuivingen.

Deze kunnen op verschillende manieren hun rechtvaardiging vinden. Ik noem (zonder naar volledigheid te streven):

- a) Uitdrukkelijke wetsbepalingen. B.v. verjaring; ab intestato erfrecht;
- b) Milddadigheid;
- c) Nagestreefd eigenbelang.

Zijn de gevallen sub a voor mij wederom van geen belang, met die sub b betreed ik het eigenlijke terrein van mijn dissertatie, terwijl die sub c — ofschoon eigenlijk er buiten vallende — noodzakelijke behandeling behoeven ter verduidelijking van b. Deze beide gevallen hebben gemeen, dat zij rusten op een redelijke wil van degene die de afstand doet. Het persoonlijke karakter betekent niet dat het vermogen onverbrekelijk aan zijn drager verbonden is. Immers het vermogen is in zeker opzicht aan allen gemeen. Om dit te realiseren moeten vermogensverschuivingen mogelijk zijn. Het persoonlijk karakter verklaart dan weer, dat daarbij allereerst aan de wil van de drager gedacht moet worden.

Voordat ik mij aan dit onderzoek begeef — de lezer vergeve mij — nog een opmerking: ik laat de natuurlijke verbintenis voorlopig terzijde! Ik spreek over een actuele vermogensverschuiving, daarbij aannemende, dat er geen verbintenis (civiel of natuurlijk) aan voorafgaat; als men wil dus over de overeenkomst metterdaad. Het tijdstip, waarop ik mijn houding tegenover de natuurlijke verbintenis moet bepalen is nog niet aangebroken.

Wij zagen dus, dat de vrijgevigheid in ons recht de rol vervult

¹⁾ In wezen is het niet nodig verschil te maken tussen eenzijdige en wederkerige verschuivingen. Deze laatste vallen onder nagestreefd eigenbelang. Slechts ter wille van de duidelijkheid noem ik ze apart.

van rechtvaardigingsgrond (causa) van een vermogensverschuiving
Wat betekent nu „vrijgevigheid”?

Een eerste theorie — het is die van de tekst van het Duitse burgerlijk wetboek; § 516 B.G.B. — verstaat hieronder niets meer, dan het bewustzijn van de bij de verschuiving betrokken partijen, dat de een praesteert zonder equivalent van de andere te ontvangen.

Een tweede theorie eist behalve dit bewustzijn bovendien dat de strekking der handeling gericht is op die equivalentloze praestatie. Aldus de vrijwel algemeen aangenomen leer in Duitsland. Aldus ook de opvatting van de Advocaat Generaal Berger N.J. 37 p. 915; voor schenking is nodig vrijgevigheid „d.i. de bedoeling van de gever om onverplicht de wederpartij te verrijken”. Dit is waarschijnlijk ook de leer van Eggens.

Een derde theorie, die in Frankrijk veel wordt gehuldigd en die ik tot de mijne zou willen maken, is die van de *animus donandi*. Deze theorie eist dat de strekking der handeling behalve de equivalentloze praestatie ook inhoudt jegens de verkrijger altruïsme, milddadigheid te beoefenen.

Schijnbaar geheel hiernaast staat de omschrijving van Libourel. Deze schrijft immers op p. 79: „Ik wil alleen gelet hebben op het bloote feit der bevoordeeling.” Naar zijn mening is er alleen aldus een omschrijving te krijgen, die alle gevallen dekt. Hij wil echter geenszins alle schenkingsregels toepassen in alle gevallen wanneer er „ten behoeve van iemand een op geld waardeerbare praestatie wordt verricht, zonder dat daartegenover een op geld waardeerbaar equivalent genoten wordt.” Aldus blijft er ook in zijn leer incidenteel plaats over voor de vrijgevigheid ²⁾.

Ongetwijfeld heeft de lezer zich afgevraagd: moeten wij betekenis toekennen aan altruïsme, een bedoeling dus, een motief? Zijn motieven niet in rechte zonder betekenis? Inderdaad, motieven die zuiver intern gebleven zijn en geenszins bemerkbaar waren, spelen geen rol. Maar dit betekent niet, dat men een *animus donandi*, die naar buiten gebleken is ³⁾, naar het rijk der spoken mag verwijzen door er het etiket „motief” op te plakken. Dit vage woord, omtrent de betekenis waarvan psychologen en juristen het nog lang niet

²⁾ Men onderscheidt tussen schenkingen in formele zin en in materiele zin. Deze tegenstelling, die 50 jaar geleden door het werk van Hamaker onschatbare diensten aan het recht bewees, door het schenkingsbegrip uit te breiden buiten art. 1703 B. W., heeft m.i. tegenwoordig zijn waarde verloren. Alle schenkingen zijn schenkingen in materiele zin. Sommige van deze schenkingen zijn aan speciale bepalingen onderworpen. Het is misleidend om deze schenkingen een aparte naam (formele schenkingen) te geven. Ik spreek over alle schenkingen zonder te onderscheiden, of als men wil over de schenkingen in materiele zin, mits men hier dan de formele onder laat vallen. In het laatste hoofdstuk beantwoord ik de vraag welke schenkingen naar mijn mening onderworpen zijn aan de speciale bepalingen van art. 1703 B.W. in het bijzonder aan het voorschrift van de notariële acte.

³⁾ Dit naar buiten blijken moet in ruime zin genomen worden. Niet alleen door woorden, maar ook door handelingen en omstandigheden kan iets naar buiten blijken.

eens zijn, heeft de kwestie aanmerkelijk vertroebeld. Verstaat men onder motief iets, dat niet naar buiten treedt, dan kan dat juridisch niet relevant zijn: recht eist uiterlijkheid. Maar waarom zouden de geuite drijfveren (laten wij dit woord gebruiken om „motieven” of „causa” te vermijden) waarom zouden die drijfveren geen rol mogen spelen?

Het vereiste is dus: milddadigheid⁴⁾, of — wat juridisch hetzelfde is — schijn van milddadigheid. Ik wil dit even illustreren aan het bekende paard van Libourel (p. 79 v.), schichtig en wild, door de eigenaar aan een vijand ten geschenke gegeven om deze een spoedige dood te doen sterven.

In de eerste twee opvattingen en ook volgens Libourel hebben wij hier met een schenking te maken. En in de theorie van de *animus donandi*? Een algemeen antwoord is niet te geven. De feiten zijn niet precies genoeg gesteld. Is de eigenaar met vriendelijke woorden naar zijn vijand toegegaan, om hem b.v. ter gelegenheid van zijn verjaardag het paard te schenken, er zich wel voor wachende zijn ware bedoelingen te laten blijken, dan is er schenking: de schijn van *animus donandi* is aanwezig en dus — juridisch — *animus donandi*. — Maar heeft de eigenaar zijn ware gevoelens verteld en b.v. zijn vijand uitgedaagd het woeste paard aan te nemen en te gebruiken en heeft die vijand het ondanks dat aangedurfd en het paard geaccepteerd, dan is er geen schenking; ook juridisch is er geen welwillendheid.

Wanneer ik beweer, dat milddadigheid een rechtsgrond voor een vermogensverschuiving vormt, doe ik dat zonder reserve, in deze zin dat ieder positief recht haar als zodanig zal moeten erkennen. Zij is dermate praegnant bij een rechtshandeling, dat zij haar eigen regels eist. Het is dus niet mogelijk de milddadigheid te beschouwen als een voorbeeld van een zekere groep van gronden voor vermogensverschuiving, waarin zij geheel op een lijn zou staan met alle of zelfs maar met sommige vormen van nagestreefd eigenbelang. Men kan niet van deze milddadigheid abstraheren. De poging daartoe in het Duitse recht gedaan is volledig mislukt. Dit is wel een van de hoofdargumenten voor de door mij verdedigde leer van de *animus donandi*, in de zin van milddadigheid genomen.

Thans zal ik het bewijs van de juistheid van deze leer trachten te geven.

GESCHIEDENIS.

„*Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo*

⁴⁾ Het is beter deze termen te gebruiken dan „vrijgevigheid” welke uitdrukking blijkens de opvatting van Berger ook in de tweede leer gebruikt kan worden. Ook de uitdrukking *animus donandi* kan in de tweede leer gebruikt worden. Ik gebruik haar echter uitsluitend in de eigenlijke zin van milddadigheid.

Vrijgevigheid doet denken aan in vrijheid geven en heeft daardoor tot misverstand geleid

casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur."

Aldus Julianus D. 39.5.1. pr. en even verder in par. 1 herhaalt hij nog eens, dat hij onder schenking in eigenlijke zin verstaat: „factum, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confessim faciat accipientis”.

Duidelijker kan wel niet blijken, dat de digesten voor een schenking in eigenlijke zin: „liberalitas” eisten, hetgeen — aldus van Wageningens woordenboek — betekent: „de edele, vrijzinnige denk- en handelwijze van den vrijen man, edelmoedigheid. onbekrompenheid, welwillendheid, bijz. mildheid”; een begrip dus met een verheven strekking, wars van egoistische of andere inferieure gedachten. Edelmoedigheid was voor de Romeinen een bestanddeel der schenking; het kan na zo’n uitspraak moeilijk betwijfeld worden. Zeker, men kan opmerken:

1. In het juridisch spraakgebruik zou „liberalitas” een eigen engere betekenis kunnen hebben.

Hiervan blijkt echter niets; het is ook onwaarschijnlijk. De Romeinen als meer practische, dan theoretische juristen sloten dichter aan bij het normale taalgebruik, dan thans gebruikelijk is. Dit wordt nog bevestigd door Paulus D. 39.6.35.1: „Donatio dicta est a dono quasi dono datum, rapta a Graeco: nam hi dicunt dooron kai dooreisthai.

2. Voor de eigenlijke schenking is „liberalitas” noodzakelijk; voor schenking in ruimere zin echter niet.

Inderdaad, de aangehaalde teksten zouden — uit hun verband gerukt — een dergelijke betekenis kunnen hebben; maar uit de context blijkt duidelijk, dat Justinianus niet in de „liberalitas” het verschil zoekt tussen eigenlijke en oneigenlijke schenking, maar in de eventueel gemaakte voorwaarden. Immers het eerste aangehaalde citaat werd voorafgegaan door: „Donationes complures sunt” en onmiddellijk gevolgd door:

„Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est.

Dus ook voor de oneigenlijke schenking ⁵⁾ is liberaliteit nodig.

De leer van de animus donandi wordt het beste bewezen door enkele gevallen na te gaan, waarin de Romeinse jurist geen schenking zag, omdat de schenker eigenbelang nastreefde.

De studie op dit punt is niet gemakkelijk. De oude Romein was weinig geneigd tot schenkingen. Wel zeer duidelijk blijkt dit uit Polybius Lib. 32.12.9, waar hij spreekt over de vrijgevigheid, die Scipio zijn moeder betoont en zegt dat dit ongehoord is, daar in

⁵⁾ In de zin, zoals hier gebruikt. Deze termen wordt ook vaak in andere betekenissen gebruikt.

Rome niemand schenkt. De schenking ontwikkelde zich zodoende niet alleen langzaam en laat, maar bovendien werd zij weinig scherp onderscheiden van andere verhoudingen. Bij de pollicitatio is dit zeer duidelijk: enerzijds betreft deze zuivere schenkingen, maar anderzijds ook eenzijdige toezeggingen buiten de schenking, die toch bindend waren. Hiermee is echter niet iedere eenzijdige toezegging bindend geworden; een iusta causa wordt geëist.

D. 50.12.1.1.: Non semper autem obligari eum, qui pollicitus est, sciendum est. Si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum vel ob aliam iustam causam, tenebitur ex pollicitatione: Sin vero sine causa promiserit, non erit obligatus; et ita multis constitutionibus et veteribus et novis continetur.

Id. 3. Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. Et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur.

Id. 6. Toties locum habet deminutio pollicitationis in persona heredis, quoties non est pollicitatio ob honorem facta. Ceterum si ob honorem facta sit, aeris alieni loco habetur et in heredum persona non minuitur.

Wanneer men dus eenzijdig iets beloofde, was men gebonden, indien men eigenbelang (erepositie) nastreefde.

Een dergelijke pollicitatio wordt donatio genoemd in D. 39.5.19 ⁶⁾:

Hoc iure utimur, ut in rebus publicis, cum de donatione quaeritur, illud solum spectetur, utrum ob causam aliquam iustam rei publicae promittat quis, vel polliceatur an non; ut, si ob honorem aliquem promittat, teneatur, si minus, non.

Heeft op zich dit woordgebruik reeds weinig betekenis daar de tekst uitdrukkelijk naar een iusta causa vraagt, dat de Romeinen in zo'n pollicitatio geen schenking zagen blijkt duidelijk hieruit, dat op deze pollicitatio in tegenstelling tot de andere de deminutio niet toepasselijk was. Cfr. D. 50.12.6 pr. Id. 9. Dat op deze pollicitatio evenmin als op de andere de verdere schenkingsbeperkingen (lex cincia; insinuatio) toepasselijk zijn, zegt in dit verband niets, daar de pollicitatio ook gevallen van echte schenking omvat.

Ook op geheel ander gebied, nl. bij de condictio causa data causa non secuta bewees de Romein, dat hij buiten de schenking een eenzijdige vermogensverschuiving als geldig erkende, omdat deze verschuiving geschiedde, doordat hij, die afstand deed, een egoïstisch doel nastreefde: op dit gebied blijkt dat door de ontzegging van de condictio. Ik wil voorop stellen, dat ik hier niet die twee vragen zal bespreken, die voor de Romeinen juist aanleiding waren deze gevallen te bezien. Ik bedoel de vragen:

⁶⁾ Cfr. ook D. 50.12.9 en 13.1. De woorden liberalitas en donatio in deze teksten slaan juist niet op de door mij besproken gevallen.

- a) of de terugvordering van het overgedragene mogelijk is, zolang het egoïstische doel niet bereikt is;
- b) of er een verbintenis voortvloeit uit een dergelijke eenzijdige geaccepteerde toezegging.

Ik wil hier slechts aantonen, wat voor de Romeinen kennelijk van-zelfsprekend was, nl. dat nagestreefd eigenbelang — uiteraard nadat het deel van de overeenkomst geworden is, doordat de weder-partij daarvan op de hoogte was, en dat als uitgangspunt voor de overeenkomst aanvaardde — voldoende causa is voor de vermogens-verschuiving.

D. 12.4.3 pr.: *Dedi tibi pecuniam, ne ad iudicem iretur: Quasi decidi. An possim condicere, si mihi non caveatur ad iudicem non iri? Et est verum multum interesse, utrum ob hoc solum dedi, ne eatur, an ut et mihi repromittatur non iri, si ob hoc, ut et repromittatur, condici poterit, si non repromittatur: si ut ne eatur, condictio cessat, quamdiu non itur.*

Uit deze tekst zelf blijkt duidelijk, dat het hier niet alleen over een dading gaat. Tegenover elkaar worden gesteld het geval dat gegeven werd opdat zonder meer niet gegaan zou worden en dat gegeven werd, opdat toegezegd zou worden, dat men niet tot de rechter zou gaan. In het eerste geval heeft men de *condictio* niet, zolang niet gegaan wordt. Blijkbaar is er hier dus een vermogensverschuiving, die geldig is omdat men haar — zonder tegenpraestatie — deed plaats vinden om een proces te vermijden, m.a.w. uit egoïstische motieven. Doordat dit geval hier gelijk gesteld wordt met het geval, dat er een afspraak gemaakt is blijkt, dat het niet als schenking beschouwd wordt.

Een ander voorbeeld vinden wij in het Romeinse erfrecht. Een geëmancipeerde zoon kon eigendom verwerven, terwijl een zoon, die niet *sui iuris* was door zijn verdiensten het vermogen van zijn vader vermeerderde. Toen de praetor de geëmancipeerde kinderen tot de vaderlijke nalatenschap toeliet, gaf dit tot grote onbillikheden aanleiding. De praetor verplichtte daarom de geëmancipeerde kinderen tot de *collatio honorum*: zij moesten hun persoonlijk vermogen inbrengen. Deze *collatio* is evenmin als de moderne inbrengschenking. Kan men van de inbreng nog zeggen dat zij een wettelijke verplichting is, van de *collatio* kan men dat nooit. Het erfrecht der *sui* berustte immers op het praetoriaanse recht. De praetor gaf echter dat recht eerst, nadat de *collatio* gedaan was, zodat de *collatio* geheel vrijwillig vooraf moest gaan. Cfr. D. 37.6.3 pr.

Ook het voldoen aan een voorwaarde is geen schenking, ofschoon men er juridisch niet toe verplicht is. Cfr. D. 39.5.8. *Quae liberti imposita libertatis causa praestant, ea non donantur: res enim pro his intercessit.*

Tot slot de bruidschat (andere gevallen in het artikel van Pringsheim): Ulpianus D. 24.1.21.1: „*Si uxor viro dotem promiserit et dotis usuras sine dubio dicendum est peti usuras posse, quia non est ista donatio, cum pro oneribus matrimonii petantur*”.

In de Romeinse opvatting ontbrak de *animus donandi*, omdat de dos gegeven werd ter bestrijding van de kosten van het gezin. De gever van de dos gaf om de totstandkoming van het huwelijk te verkrijgen. Toch kan hier niet van een wederkerige overeenkomst gesproken worden. alleen reeds niet, omdat de dos niet in het vermogen van de bruidegom kwam, tenzij hij *sui iuris* was.

Maar ik hoef er niet lang bij stil te staan: er is eigenlijk geen romanist, die de *animus donandi*, de liberaliteit ontkent; integendeel het vereiste wordt als zo vanzelfsprekend beschouwd, dat men in het algemeen ermee volstaat het te noemen. Ik verwijs echter naar het artikel van Pringsheim. Wat van diens opvatting ook zij voor het klassieke recht, het staat vast dat Justinianus de *animus donandi* (liberaliteit) eiste. Immers ook Pringsheim p. 326, die kennelijk graag tot een andere conclusie gekomen was, kwam tot het resultaat: „Sowohl die Absicht der Liberalität wie der *animus donandi* ⁷⁾ sind byzantinische Erfordernisse der Schenkung. Das Fordern einer liebevollen Absicht hängt offenbar mit den christlichen Anschauungen, der *animus donandi* mit dem hellenistisch-christlichen Achten auf die Gesinnung, die „Psyche“, zusammen. Die Rolle des *animus* ist es dem subiectiven Willen Einfluss auf die Gestaltung der Geschäfte zu geben. — Seine besondere Aufgabe ist es, — dasselbe Geschäft als das eine ein zu ordnen, wenn *animus recipiendi*, als das andere, wenn *animus donandi* gegeben ist.”

Wanneer wij thans de historische lijn gaan volgen en bij de gezaghebbende glossator Azo komen, zien wij dat deze schrijver niet geheel duidelijk is. Wel eist hij in zijn bekende *summa VIII* 54 uitdrukkelijk (nr. 1) „*mera liberalitas*”, maar hij tekent daarbij aan: „*Liberalitas: Mera debet esse donatio, quia si ex necessitate fit, non erit donatio, quia non libera*”. Deze aantekening doet denken aan het „*nullo jure cogente*” ⁸⁾, hetgeen als objectief criterium iets anders is dan de subiectieve vrijgevigheid ⁹⁾.

Maar zijn leerling Accursius spreekt het onomwonden uit: „*liberalitatem*”, id est *animi voluntatem ab avaritia et aliis vitiis liberam*: hij tekent dit aan op de tekst D. 39.5.1. pr., die, zoals wij zagen de *liberalitas* als eis voor den schenking stelde en bij het „*factum*” van D. 39.5.1.1. noteert hij: „i.e. *liberalitatem*”. Dit standpunt van Accursius is van groot belang. Niet alleen door de meer compilerische aard van zijn werk, zodat wij daaruit vermoedens omtrent het verleden kunnen trekken, maar vooral omdat zijn werk gedurende zeer lange tijd de vraagbaak voor de praktijk was en zelfs wel als geldend recht beschouwd werd.

Ook Baldus (ad D. 39.5.2.7.) spreekt over „*contractus donationis, in quo exercetur mera liberalitas*”, terwijl Bartolus (ad D. 39.5.

⁷⁾ Volgens P. p. 288 zou in het klassieke recht de *animus donandi* slechts op de „Unentgeltlichkeit” gezien hebben. Bij Justinianus is er geen verschil meer. Beide uitdrukkingen zien daar op de welwillendheid.

⁸⁾ D. 50 17.82

⁹⁾ Cfr. hoofdstuk V.

nr. 5) de schenker de eigenschap toekent „*fovere liberalitatem*”.

Cuiaccius tekent hij dezelfde titel aan: „*Et est proprie donatio alienatio rei, quae liberalitatis causa fit hoc mente, ut nullo casu recipiatur. Haec est vera, absoluta, directa donatio. Donatio causa mortis vel sub modo non est proprie donatio.*” Ook hij eist dus liberaliteit voor de eigenlijke schenking; en het verschil met de oneigenlijke zit niet in die gesteldheid maar in andere omstandigheden.

Domat, in zijn beroemde boek: „*Les lois civiles dans leur ordre naturel*”¹⁰⁾ geeft in de 1^o titel van zijn le boek sub IV een overzicht van de 4 verschillende soorten van overeenkomsten en noemt als laatste: (1) „ou enfin un seul fait ou donne, l'autre ne faisant „ou ne donnant rien, comme lorsqu'une personne, se charge gratuitement de l'affaire d'une autre; ou que l'on fait une donation par „pure libéralité.” In een voetnoot tot uitleg van „par pure libéralité” wordt dan verwezen naar de text van Julianus D. 39.5.1. pr. boven aangehaald. Behalve deze text zijn de volgende uit hetzelfde werk van groot belang om het standpunt van Domat te bepalen: Deel I Boek I Titel I Sectie I paragraaf 6: (2) „Dans les donations „et dans les autres contrats ou l'un seul fait ou donne et ou l'autre „ne fait ou ne donne rien, l'acceptation forme la convention. Et „l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque „motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelqu' „autre merite du donataire ou le seul plaisir de faire du bien. „Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui recoit et „ne donne rien.” In een voetnoot wordt dan tot uitleg van „le seul plaisir de faire du bien” opnieuw verwezen naar de text van Julianus.

(3) I. I. X. inleiding: „Les donations sont des libéralités naturelles dans l'ordre de la société, ou les liaisons des parens et des „amis, et les divers engagements obligent différemment à faire du „bien, ou par la reconnaissance des bienfaits ou par l'estime du „mérite, ou par le motif de secourir ceux qui en ont besoin, ou „par d'autre vues.”

(4) I. I. X. I. I: „La donation entre vifs est un contract qui se „fait par un consentement réciproque entre le donateur qui se „dépouille de ce qu'il donne, pour le transmettre gratuitement au „donataire, et le donataire qui l'accepte et acquiert ce qui lui est „donné.”

(5) Id. 30¹¹⁾: „La donation est une libéralité et celui qui ne „donne que ce qu'il doit, ou ce qu'il est obligé de donner, ne fait „pas une donation; mais il s'acquitte d'une dette, ou de quelqu' „autre engagement. Ainsi celui qui donne, pour accomplir une

¹⁰⁾ De opmerking van Scholten p. 67 nt. 5 over de uitgave van 1777 is niet geheel juist; op vele plaatsen staan de ingevoegde teksten met een sterretje aangegeven. De door mij aangehaalde plaatsen staan in de editie van 1771 en in die van 1777 behoudens onbelangrijke textverschillen.

¹¹⁾ In ed. van 1771 no. 4.

„condition d'un testament, ou d'une donation qui l'en charge n'est pas donateur quand ce serait même du sien qu'il auroit été changé de donner.”

Alweer wordt naar de text van Julianus verwezen, thans om duidelijk te maken dat het voldoen aan een voorwaarde geen schenking is. Ook wordt verwezen naar de tekst van Paulus D. 39.5.8.

(6) Id. 31 ¹²⁾: „Les donations, qu'on appelle rémunératoires, qui sont faites pour récompense de services, ne sont véritablement donations que lorsque ce qui est donné, ne pouvoit être exigé par le donataire; et la récompense que le donataire pouvoit demander n'est pas en effet une donation.”

(7) Id. 39. (ged.) ¹³⁾: „Il faut faire beaucoup de différence dans les donations entre les motifs que les donateurs expriment comme étant les causes de leur libéralité et les conditions qu'ils y imposent. — Ainsi, s'il dit dans une donation, qu'elle est faite pour des services rendus, ou pour facilités au donataire une acquisition qu'il vouloit faire, la donation ne sera pas annullée, quoiqu'il n'y ait pas de services rendus et que l'acquisition ne se fasse point. Car il reste toujours la volonté absolue de celui qui a donné et qui a pu avoir d'autres motifs que ceux qu'il a exprimés mais s'il étoit dit que la donation n'est faite qu'à condition de l'emploi pour une telle acquisition, comme pour acheter une charge et que la charge ne soit pas achetée, la donation n'aura point d'effet.”

(8) I. I. VIII. III. 3 (ged.): „Une société de gains et profits ne comprend par les successions, les legs donations, soit entre vifs, ou à cause de mort, ni ce qui pourroit être acquis au associés d'ailleurs que de leur industrie, ou des fonds qu'ils auroient mis en société. Car ces sortes d'acquisitions ont leurs causes et leurs motifs en la personne de ceux à qui elles arrivent, comme quelque mérite, quelque liaison d'amitié ou de proximité, ou le droit naturel de succédés; etc.”

(9) II. II. IV. III. 4.: „Si un père avoit été chargé par un testament, ou autre disposition de quelque personne, de donner à son fils une somme de deniers, ou autre chose; ce que ce fils auroit à ce titre ne seroit pas sujet au rapport à la succession de son père; car ce ne seroit pas de sa libéralité qu'il tiendrait ce bien.”

(10) I. I. VII. III. 1 (ged.): „Mais parce que (le dépositaire) rend (son) office gratuitement et seulement pour faire plaisir, sa condition est distinguée de celle des personnes qui pour leur propre intérêt ont en leurs mains les choses des autres, etc.”

(11) I. I. XV. I. 9. (ged.): „Les Procureurs constitués exerçant d'ordinaire une honnêteté et un office d'ami, leur fonction est gratuite, etc. Mais la récompense qui se donne sans convention, et

¹²⁾ Iq ed. van 1771 no. 5.

¹³⁾ In ed 1771 nr. 13.

„par honneur, pour reconnoître un bon office, est d'un autre genre, „et ne change pas la nature de la procuration.”

Zien wij deze teksten in hun verband dan schijnt het mij duidelijk, dat Domat inderdaad een animus donandi in de zin van milddadigheid voor de schenking eiste. Immers:

1. Hij verwijst tot driemaal toe naar de tekst van Julianus waarin deze zo uitdrukkelijk de liberaliteit eiste. Zie de teksten 1, 2 en 5.

2. Een egoïstisch doel kan bij hem niet het motief (causa) zijn voor de schenking. Hij schrijft immers uitdrukkelijk (tekst 2): „Et „ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne „donne rien”. Met andere woorden: enige omstandigheid, gelegen bij de begiftigde moet aanleiding zijn voor de schenking. Dat hij het zo bedoelt, blijkt uitdrukkelijk uit tekst 8 waarin hij o.a. over de schenking schrijft: „Car ces sortes d'acquisitions ont leurs causes „et leurs motifs en la personne de ceux à qui elles arrivent.”

Welnu, een verschuiving uit egoïsme vindt zijn motief, zijn „fondement” juist niet bij de verkrijger, maar bij de vervreemder.

3. In tekst 3 schrijft Domat, dat de schenkingen vanzelfsprekend zijn, aangezien verschillende omstandigheden aanleiding zijn „à faire du bien”. O.a. kunnen hulpvaardigheid en erkentelijkheid aanleiding zijn: „à faire du bien”. Zo krijgt ook het woord „seul” in tekst 2 (le seul plaisir de faire du bien) zin: Steeds is „le plaisir de faire du bien” inhoud van de schenking. Soms komt dit „plaisir” voort uit „un service rendu”, soms heeft het geen bijzonder motief.

4. Wanneer Domat verwijst naar bewezen diensten of dergelijke die motief zijn voor de schenking, bedoelt hij daarmee het innerlijke motief, dat hoogstens de begiftigde bekend is, maar geen bestanddeel van de overeenkomst geworden is. Zie tekst 7: „Car il „reste toujours la volonté absolue de celui qui a donné et qui a pu „avoir d'autres motifs que ceux qu'il a exprimés.”

5. In tekst 10 stelt Domat uitdrukkelijk tegenover elkaar „gratuitement et seulement pour faire plaisir” en „leur propre intérêt.”

6. Ook in tekst 11 verbindt Domat „gratuite” met „un office d'ami”.

7. Wanneer men aan een procureur „par honneur, pour reconnoître un bon office” iets geeft zonder dat een overeenkomst ertoe verplicht, is dit geen schenking: immers de systematische Domat spreekt hier over „récompense” en niet over „donation”. Tekst 11. Hier bedoelt hij het geval, dat iemand ontvangen diensten wil betalen; in tekst 7 dat, waarin iemand naar aanleiding van ontvangen diensten wil schenken.

8. Wanneer iemand iets geeft om een voorwaarde van een testament in vervulling te doen gaan is dit geen schenking. Tekst 5. Ik wil echter nog opmerken, dat het schijnt, dat Domat hier de schenking verworpen heeft, omdat het „nullo iure cogente” ontbrak. Deze reden zou dan onjuist zijn, immers een erfgenaam of begiftigde is noch civiel noch natuurlijk gehouden een voorwaarde

na te komen. Dat Domat zelf de onjuistheid wel inzag blijkt uit: „il s'acquitte d'une dette, ou de quelqu' autre engagement". Maar wat zijn deze „autres engagements"?

Bovendien: ook hier is voor Domat de basis de liberaliteit.

Indien iemand enige verplichting nakomt is het geen schenking omdat de liberaliteit ontbreekt. Laten wij dus de minder juiste tussenschakel van het „nullo iure cogente" weg, dan zien wij duidelijk, dat ook voor Domat uiteindelijk het gemis aan liberaliteit reden is om het in vervulling doen gaan van een voorwaarde niet als een schenking te zien. Cfr. ook tekst 9, die echter ook op de last kan slaan.

Ook de tekst 6 gaat uit van het „nullo iure cogente" en is dus waardeloos om het standpunt van Domat te bepalen. Overigens kan ik hier de remuneratoire schenking niet bespreken zonder te veel op het volgende vooruit te lopen.

9. Bij de definitie van de schenking (tekst 4) stelt Domat uitdrukkelijk ala vereiste: „gratuitement."

Ricard, een beroemd jurist in zijn dagen, schreef een lijvig boekwerk, getiteld: „Traité des donations entre vifs et testamentaires". Ik heb slechts tot mijn beschikking gehad een uitgave van 1685, die blijkens een mededeling op de laatste der ongenummerde bladzijden niet geheel volledig is. De bijna 800 folio vellen druks kunnen ons echter wel voldoende inlichten over het standpunt van Ricard.

Reeds in deel I nr. 1 wijst hij uitdrukkelijk op „la libéralité, qui est l'âme de la donation". In I 619 bevestigt hij dit: „Il est de l'essence de la donation, qu'elle soit faite par un principe de gratification et de bienfait." Maar desondanks wil hij het woord „donation" ruim opvatten en er niet alleen de gewone schenkingen onder begrijpen, „mais aussi les remuneratoires, à charge et onereuses, quoy qu'elles degenerent le plus souvent en des contrats de ventes." (I, 1.) Grote verwachtingen mogen wij echter niet koesteren. indien wij bij Ricard een sluitend theoretisch betoog en een consequente toepassing ervan willen vinden. Zijn kracht ligt in zijn fijne juridische intuïtie, zijn theorie is zelden overtuigend. Het blijkt reeds in I, 16 waarin hij als definitie van de schenking noemt: „Ea est, quae fit a vivente et ea mente, ut ita accipientis fiat quod nullo modo per dispositionem contrariam revocetur." Zijn toevoeging dat het geen „definition exacte" is, neemt niet weg, dat het de definitie is, „qui me revient plus que pas une autre". Deze definitie is kennelijk onjuist en kan op iedere overeenkomst slaan. Met de theorie van Ricard moeten wij dus voorzichtig zijn, en het hoeft ons dan ook niet te verwonderen, dat hij ondanks zijn juiste uitgangspunt in verschillende gevallen theoretisch het al of niet bestaan van een schenking doet afhangen van een erkend onjuist criterium, nl. het objectieve, dat bovendien geheel ligt buiten de historische lijn. Zo b.v. bij de remuneratoire schenking (I, 1097). Indien er een gehoudenheid bestaat is insinuatie niet nodig. Herroeping van de

remuneratoire schenking wegens het verkrijgen van kinderen is alleen mogelijk voor zover deze schenking een juiste beloning overtreft (III. 612). Het geven van een bruidschat is alleen een „pure libéralité” (I. 1106) voor zover er geen natuurlijke verbintenis tot het geven bestaat.

Elders (III. 606 en 1072) schijnt hij meer het historische standpunt in te nemen, wanneer hij er op wijst, dat de echtgenoten ten gevolge van de bruidschat een last op zich nemen, die zij anders niet aanvaard hadden.

Bij een schenking onder een last ten behoeve van de schenker zelf hebben we alleen een schenking voor zover de waarde van de last overschreden wordt door het geschonkene (I. 1001 v.).

Huldigt Ricard de obiectieve leer? Het schijnt op het eerste gezicht. Maar wij moeten niet vergeten dat in de overgrote meerderheid van de gevallen de leer van de animus donandi overeenstemt met de leer die vraagt naar de natuurlijke verbintenis, om dan bij de aanwezigheid hiervan de animus donandi te ontkennen. Is er immers een natuurlijke verbintenis dan zal vrijwel steeds gegeven worden ter voldoening er aan. Ricard zegt uitdrukkelijk (I. 1107) dat bij de voldoening aan een natuurlijke verbintenis er geen schenking is, omdat de essentie ervan afwezig is, „l'essence, qui est la pure libéralité.”

Ik geloof daarom, dat wij Ricard tot de subiectivisten moeten rekenen. Het is de leer der Romeinen en sindsdien vaste traditie geweest. Blijkens zijn theoretische uitgangspunt heeft Ricard zich daarbij willen aansluiten.

Staat hij op het standpunt van de animus donandi of op dat van Berger? Het enige houvast biedt de tekst van III. 1072, waarnaar ik reeds verwees. Er staat, dat de ontvangen bruidschatten „obligent à supporter les charges du mariage et engagent les mariez à soutenir un fardeau, qu'ils n'eussent pas autrement entrepris”. Deze tekst past niet bij de natuurlijke verbintenis als criterium. Hierbij is immers de huwelijksband primair: de uit het huwelijk voortvloeiende lasten leggen in de opvatting van Ricard de ouders een natuurlijke plicht op bijstand te verlenen. In deze tekst is de bruidschat primair en verplicht zij tot het huwelijk. Deze bruidschat is geen schenking. Dit past alleen in de leer van de animus donandi: de bruidschat wordt niet gegeven uit milddadigheid, maar om voor zich of voor zijn kinderen een huwelijk te verkrijgen.

Het is niet veel; ik meen echter voldoende om Ricard tot de aanhangers van de animus donandi te rekenen. De subtiliteit van het verschil maakt begrijpelijk, dat wij van lang niet alle schrijvers zullen kunnen zeggen, op welk standpunt zij staan. Bij schrijvers als Ricard, die uitsluitend schrijven over de schenking, wordt in verband met de vaagheid van het begrip de moeilijkheid nog groter. Indien de geleerde behalve over de schenking ook over de rest van het recht schrijft, zoals Domat deed, kunnen wij met zekerheid vaststellen welke gevallen zij niet als schenkingen zagen en aldus

de grens van twee zijden benaderen en dus makkelijker vaststellen. Het hoeft ons daarom niet te verwonderen, dat ik ook de mening van d'Aguesseau niet met zekerheid heb kunnen vaststellen. Dat is te meer te betreuren, daar zij op dit punt van groot belang is, omdat zij de opvatting is van de ontwerper van de ordonnantie van 1731. D'Aguesseau stelde zich terecht op het standpunt, dat het niet de taak van de wetgever was definities te geven. Zodoende kwam het door mij besproken punt niet direct aan de orde. Uit de correspondentie, die hij met de parlementen over die ordonnantie voerde blijkt slechts:

- a) dat hij niets heeft willen wijzigen. Zie zijn brieven nrs. 283, 289, 290 en 293;
- b) dat volgens hem de bedoeling der ordonnantie was: „d'établir „des règles fines et uniformes sur les dispositions de *pure libéralité*”, brief nr. 289;
- c) dat hij van mening was, dat er op dit gebied was: „*peu d'opposition — entre les principes du droit romain et ceux de droit „français*”. Ofschoon men niet veel heeft aan dergelijke vage en algemene uitlatingen, is het toch opmerkenswaard dat hij een grote overeenstemming met het Romeinse recht aanneemt, dat immers uitdrukkelijk de *animus donandi* eiste. Ook is ons gebleken, dat zijn voorgangers zich op dit standpunt stelden.

Ook de Franse jurisprudentie uit die tijd, die in de correspondentie uitvoerig aan de orde kwam, schijnt zich op dat standpunt te stellen. Ik zeg „schijnt” om meerdere redenen: vooreerst is het grootste deel van die jurisprudentie hier niet te consulteren en vervolgens is het zeer moeilijk daaruit conclusies te trekken bij gebreke aan motivering. Ik wil dit punt thans laten rusten, omdat het mij veel te ver zou voeren. Belangstellenden verwijs ik naar het werk van Regnault. Ik ontleen daaraan (p. 286), dat men in Normandië ten aanzien van schenkingen, die gedaan zijn ter gelegenheid van een huwelijk, onderscheidt tussen schenkingen aan zonen en die aan dochters. Waren de eersten zuivere schenkingen „on ne regarde „pas la dot accordée aux filles, comme une véritable donation, attendu qu'elle n'en a pas l'essence, ne procédant point ex mera liberalitate.”

Ook hier weer de gedachte, die wij reeds bij de Romeinen en Ricard aantreffen: de schenking van een bruidschat — hier beperkt tot die aan een meisje gedaan — is geen schenking, omdat men daarmee eigen belang nastreeft, althans andere belangen, dan die van de begiftigde, nl. om het huwelijk te verkrijgen voor zich en de zijnen. Deze gedachte heeft zich zeer lang gehandhaafd. Zie b.v. cour de Poitiers 21-8-78 D. 79.2.6. Voor onze tijd en ons land is deze opvatting als regel niet meer juist, daar de bruidschat een ander sociale rol is gaan spelen dan in het verleden, toen het huwelijk gewoonlijk een voorwerp van onderhandelen was tussen de ouders der a.s. echtgenoten, terwijl men thans zelf over zijn toekomst mag beslissen. In uitzonderingsgevallen zal ook thans nog

het geven van een bruidschat geen schenking zijn. Cfr. Planiol-Ripert-Nast nrs. 109 v.

Furgole ¹⁴⁾, Ordannance p. 7 definieert de schenking als volgt: „On appelle donation entre vifs, celle qui est faite par un motif „de liberalité, dans cet esprit que la chose donnée appartienne tout „d'abord au donataire sans qu'il soit libre au donateur de la révoquer”, waarna alweer een verwijzing volgt naar de beroemde Romeinse tekst: „Dat aliquis etc.”. Wijst deze definitie zeker in de richting van de *animus donandi* („par un motif de liberalité), we hebben slechts 2 aanknopingspunten om de mening van Furgole in de praktijk te toetsen, nl. de bruidschat (question X) en de remuneratoire schenking (question XV).

In vraag X bespreekt Furgole of op de bruidschat van een meisje kan ingekort worden. Het blijkt, dat er ernstig meningsverschil over bestaat, hetgeen ons niet hoeft te verwonderen, daar hoe langer hoe minder het huwelijk een familiecontract wordt en steeds meer de vrije wil van de aanstaande echtgenoten een rol gaat spelen. Had vroeger een bruidschat in sterke mate het karakter van een tegenpraestatie voor de huwelijkstoestemming van de wederpartij, hoe langer hoe meer ging zij op zich zelf staan, waarmee het liberaliteitskarakter voortdurend won. Furgole wijst nog op een interessant tussenstadium: de bruidschat kan ingekort worden maar eerst na de dood van de man. Furgole zelf acht inkorting op de bruidschat mogelijk. Zijn argumentatie is echter niet zeer sterk. Behalve op een Romeinse tekst, beroept hij er zich op dat:

- a) de bruidschat een schenking is. Dit moet echter juist bewezen worden;
- b) dat men bij de berekening van de legitieme ook rekening moet houden met de bruidschat, hetgeen alweer bewezen moet worden;
- c) dat de kinderen een natuurlijk recht hebben op hun legitieme, terwijl de bruidschat als zuivere liberaliteit gegeven wordt. Het eerste is onjuist, het tweede moet bewezen worden;
- d) zij, die een bruidschat ontvingen zouden alle goederen van de ouders kunnen krijgen, hetgeen onjuist zou zijn. Dit is een *petitio principii*;
- e) indirect kan de vader de andere kinderen alles ontnemen. Deze opmerking ziet op de schijnhandeling of is in wezen gelijk aan de vorige.

Men ziet: veel wijzer worden wij niet. Dit worden wij evenmin wanneer Furgole de argumenten van de tegenstanders bestrijdt. Onder deze laatste treffen wij oude bekenden aan: zonder bruidschat zou het huwelijk niet gesloten zijn ¹⁵⁾. De bruidschat is geen

¹⁴⁾ Ik gebruik een Parijse editie van al zijn werken dd. 1775.

¹⁵⁾ Dit betekent niet, althans niet altijd dat er een wederkerige overeenkomst is, vooral niet in gevallen waarin de dos geen eigendom wordt van hem, wiens toestemming gekocht wordt.

„titre gratuit à égard au mari, parceque les loix le considèrent comme créancier ou acheteur” (p. 78).

Het eerste argument vindt men trouwens ook bij Furgole zelf: Ordonnance ad Art. X p. 83.

Ook uit de besprekingen van de remuneratoire schenking kunnen wij weinig concluderen. Hij behandelt de vraag of de *lex si unquam* toepasselijk is op de remuneratoire schenking. Na de meer principiele meningen van anderen weergegeven te hebben, geeft hij zelf een zuivere beslissing ad hoc; nl. zou de schenker de schenking ook gedaan hebben, indien hij ten tijde van de schenking kinderen had gehad? Zo ja, dan is de *lex si unquam* niet toepasselijk. In zijn Ordonnance p. 190 vraagt hij of de insinuatie toepasselijk is op de remuneratoire schenking. Het ongelukkige *nullo iure cogente* is het onjuiste criterium. De werken van Furgole geven ons te weinig op praktisch gebied om een definitief oordeel te kunnen vormen. Ook in zijn traité des testaments vindt men zo goed als niets, ofschoon hij daar toch uitvoerig spreekt over de causa en deze verdeelt in *causa finalis* en *causa impulsiva*. Cfr. Hdst. 7 nr. 8 v. en Hfdst. 11. Wel geeft hij nog een definitie van de schenking Hfdst. 14 nr. 14 (ged.): „La donation entre-vifs est un don et un titre de pure libéralité, que l'on a la liberté de faire ou ne pas faire”.

Nu Furgole in zijn beide definities de liberaliteit eist in de uitdrukkelijke woorden „un motif de libéralité” en „de pure libéralité” en daarmee blijkens zijn verwijzing naar de tekst „Dat aliquis etc.” de *animus donandi* bedoelt, mogen wij ook bij hem het doorlopen van de historische lijn aannemen. Dit is in ieder geval zeker: zou al een objectieve leer steun bij Furgole kunnen vinden o.a. omdat hij bij de remuneratoire schenking naar het „*nullo iure cogente*” verwijst, de subiectieve opvatting in zijn door mij bestreden vorm vindt bij hem geen steun.

Wanneer Pothier de abstract-theoretische weg bewandelt zingt hij vol enthousiasme een loflied op de liberaliteit: „La donation entre vifs est un contrat par lequel une personne, par libéralité „se désaïsît irrevocablement de quelque chose au profit d'une „autre personne qui l'accepte.”¹⁶⁾

Elders¹⁷⁾ zingt hij een nog hoger lied: „La parfaite libéralité, „qui fait que le donateur préfère le donataire à lui même pour la „chose donnée, est (comme nous l'avons dit) le caractère des donations entre vifs; or, c'est une suite de cette préférence que le „donateur se dépouille au profit de son donataire. Ce dépouillement „est donc de la nature des donations entre vifs”.

„Parfaite libéralité”, het komt hem uit volle borst: wanneer iemand op sterven ligt, kan hij geen ware schenking meer doen.

¹⁶⁾ Coutumes d'Orléans XV.1.

¹⁷⁾ Traité des donations entre vifs, sectie II art. 2.

Immers hij staat op het punt alles door de dood te verliezen, zodat men niet meer kan zeggen: „Cum is qui donat, illum potius quam „se habere mavult.” Zo'n schenking is nietig. Maar ook een a.s. kloosterling, die krachtens de regels zijner orde geen eigendom mag hebben, kan daarom geen schenking doen: „le caractère de la „donation entre vifs étant d'être une libéralité parfaite” ¹⁸⁾ en om deze reden vindt hij het nodig uitdrukkelijk te motiveren, dat zelfs een honderdjarige een schenking kan doen ¹⁹⁾.

Maar wanneer hij het nauwere en met stenen bezaaide pad der praktijk bereikt heeft, kan hij geen lied uit volle borst meer produceren. Hij komt er niet uit. Ik neem als voorbeeld de remuneratoire schenking. Hij spreekt erover op vele plaatsen, maar zet voorop dat de moeilijkheden hier juist daaruit voortkomen, dat „une donation n'est proprement une donation que lorsque quelqu'un „donne sans avoir aucun sujet de donner que celui d'exercer sa „libéralité” ²⁰⁾. En iets verder zegt hij nogmaals, dat de reden om te aarzelen is „étant du caractère de la donation parfaite de n'avoir „d'autre cause que celle d'exercer une libéralité”.

Wanneer hij zich dan op die plaats afvraagt of een remuneratoire schenking aan de insinuatie (i.e. publicatie) onderworpen is, zoals alle schenkingen, gaat hij onderscheiden tussen:

- a) „services incertains”. Hier is z.i. weinig reden tot twijfel dat deze aan insinuatie onderworpen zijn: „autrement il aurait été „au pouvoirs du notaire et des contractans d'éluder quand ils „voudroient la disposition de l'ordonnance, en insérant dans „l'acte cette clause, qui, par la suite, seroit devenue de style et „auroit rendu la loi sans effet.”
- b) „services certains, qui ne sont pas appréciables à prix d'argent.” Insinuatie „puisque le donateur donne sans qu'il soit besoin de donner.”
- c) „services certains appréciables à prix d'argent”. Insinuatie is nodig, wanneer de waarde van de gift groter is dan die van de diensten, „sauf au donataire d'exercer ses actions pour se faire „payer du juste prix des services par lui rendus.”
- d) als c. Insinuatie is niet nodig, wanneer de waarde van gift en diensten gelijk zijn want „(c'est) une donation ²¹⁾ en paiement, „une vente de la chose donnée pour la somme due à l'acquéreur „pour le prix de ses services.”

Ik geloof niet, dat deze constructie van Pothier veel bewondering zal afdwingen; hij hinkt op 3 gedachten. Voor de schenking is nodig liberaliteit; verder vrijwilligheid; tenslotte verrijking. Zonder systeem stelt hij dan deze, dan gene eis op de voorgrond al naar behoefte. En komt hij er dan nog niet uit, dan haalt hij er de schijn

¹⁸⁾ Coutumes t.a.p. § 1. 7.

¹⁹⁾ Traité I. I. slot.

²⁰⁾ Traité II.III 1.

²¹⁾ Ik gebruik hier de ed. „Langlois-Durand Paris 1844. In verschillende andere edities staat „dation en paiement”.

handeling bij. Pothier heeft zijn theorie blijkbaar niet kunnen toepassen. Spreekt hij hier over „donation en paiement”, elders ²²⁾ noemt hij de remuneratoire schenkingen bij de contracten „équivalents à vente”. Cfr. verder *Traité des donations* III. III. III. en III. IV en II en *Cout. d'Orléans* XV. III. I. en XV. V. 2. waar telkens dezelfde redenering terugkeert. Ik geloof niet, dat wij aan het standpunt van Pothier inzake de remuneratoire schenkingen veel betekenis hoeven toe te kennen. Hij zit met de eeuwige moeilijkheid, hoe de 3 genoemde factoren bij deze schenkingen naast elkaar een rol te laten spelen. Hij is daarin evenmin als zijn voorgangers geslaagd. Maar vaststaat, en dit is het enige dat ik wil aantonen, dat Pothier — ook bij de remuneratoire schenkingen — de „parfaite libéralité”, de „animus donandi” van belang achtte, ja zelfs het beslissende criterium, daar naar zijn mening zelfs „le dépouillement” als eis voortvloeit uit de liberaliteit. Zie de boven geciteerde tekst. *Traité* II. 2.

Vragen wij tot slot van ons betoog, hoe Pothier stond tegenover „schenkingen” uit egoïsme, dan vinden wij vrijwel niets in zijn werk, dat ons daaromtrent kan inlichten.

In zijn slechts een halve bladzijde lange „*Traites des contrats de bienfaisance*” schrijft hij: „Les contrats de bienfaisance sont ceux „qui ne se font que pour l'utilité de l'une des parties contractantes: „en cela ils diffèrent des contrats intéressés de part et d'autre, „lesquels se font pour l'intérêt et l'utilité réciproque de l'une et „de l'autre partie.” Toepassingen van deze theorie heb ik bij Pothier niet gevonden.

Leggen we thans de teksten naast elkaar van Pothier en de Code.

Pothier.

Nous n'admettons dans le droit françois que deux formes de disposer de nos biens à titre gratuit, la donation entre-vifs et la testamentaire.

La donation entre-vifs est une convention par laquelle une personne, par libéralité se désaisit irrévocablement de quelque chose au profit d'une autre personne, qui l'accepte.

Code.

Art. 893: On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies.

Art. 894: La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire, qui l'accepte.

Onmiddellijk valt op hoezeer de teksten overeenstemmen. Het uitgangspunt is hetzelfde nl. het disposer à titre gratuit. Maar tevens valt een voor ons zeer belangrijk verschil op: de Code liet uit de definitie van Pothier de woorden „par libéralité” weg. Heeft men daarmee de animus donandi, die toch Pothier uitdrukkelijk eiste overboord willen gooien? Het zou een zozeer ingrijpende ver-

²²⁾ Coutumes d'Orléans. Titre des fiefs. Intr. II.2.

andering zijn geweest, dat men haar niet zonder nader bewijs mag aannemen. Lag het immers niet voor de hand, die woorden als overbodig te beschouwen nu in art. 893 reeds „à titre gratuit” stond en art. 1105 zegt: „Le contract de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.”?

Welnu, er blijkt niets van een wijzigingsbedoeling. Integendeel, wanneer Bigot-Préameneu het ontwerp, dat woordelijk overeenstemt met de artikelen 893 en 894, aan het corps législatif voorlegt ²³⁾ roept hij uit:

„Vous allez régler quelle est, dans les actes de bienfaisance et dans les témoignages d'amitié ou de reconnaissance, la liberté compatible avec les devoirs de famille.”

De „bienfaisance” blijkt het onbetwiste uitgangspunt; cfr. ook nog Bigot-Préameneu: il n'y a point d'obligation sans cause est dans l'intérêt reciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elles. Fenet XIII. 228. Men twist slechts over de bevoegdheid testamenten te maken, legitieme en dergelijke. En de enige keer ²⁴⁾ dat dit punt aan de orde komt, geeft het aanleiding tot dichterlijke ontboezeming over „le plus beau titre du code civil, celui qui repose plus agréablement l'esprit, parce qu'il donne une meilleure idée des hommes (lequel) est sans contredit celui qui règle les effets de libéralité”, om daarna Tacitus, met de haren erbij gesleept, de lof te laten zingen over de Germanen, die zo zonder enige bedoeling plachten te schenken.

Zou deze lyriek niet geëindigd zijn met een schrille jammerklacht, indien de wetgever, geheel afwijkend van zijn voorbeelden, de geest van middadigheid overboord gezet had? Had niet Cambacérès in zijn eerste ontwerp ²⁵⁾ nog uitdrukkelijk gezegd: „La donation est un acte de bienfaisance”. En had deze niet bij de toelichting op zijn derde ontwerp waarvan artikel 538 zozeer gelijkt op artikel 893 Cc. gezegd ²⁶⁾: „Les actes de libéralités ne doivent être suggérés que par un amour bien ordonné de ceux qui en profitent”?

Heeft onze wetgever hierin verandering willen brengen?

Vergelijken wij de tekst van art. 894 Cc. en de Franse tekst van art. 1710 van het wetboek van 1830:

Art. 894 Cc.

La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire, qui l'accepte.

Art. 1710 B.W. 1830.

La donation est un contrat par lequel le donateur se dépouille de son vivant gratuitement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire, qui l'accepte.

²³⁾ Op 22-4-1803. Fenet 12 p. 508.

²⁴⁾ Door Sedillez. Fenet t.a.p. p. 623.

²⁵⁾ II.3.21. Fenet 1 p. 50.

²⁶⁾ T.a.p. p. 157.

De teksten gelijken sprekend op elkaar; het belangrijkste verschil — maar ook van iedere wezenlijke betekenis ontbloomt — is, dat de wetgever het „à titre gratuit” van artikel 893 Cc. in artikel 1710 B. W. geplaatst heeft, zij het met het woord „gratuitement”.

- Nu er bovendien noch bij Noordziek noch bij Voorduin of in Assers Vergelijking ook maar iets blijkt van veranderingsbedoeling, mag men deze mogelijkheid verwerpen.

Het is er verre van, dat ik hier de geschiedenis van de schenking gaf. Daar aan alleen zou veel meer dan een dissertatie gewijd kunnen worden. Deze geschiedenis is moeilijk en vol (schijnbare?) tegenstrijdigheden. Ik wees bij de bespreking van Pothier reeds op de 3 elementen, die steeds door elkaar werden gehaald. Maar wat is dan wel de betekenis van het bovenstaande?

Wanneer wij bedenken:

1. dat men het erover eens is, dat het (justiniaanse) Romeinse recht de animus donandi in de door mij gebruikte zin (cfr. nt. 4) eiste;
2. dat in de loop der geschiedenis telkens weer deze eis gesteld werd;
3. dat er nergens²⁷⁾ van enige tegenspraak blijkt en men veel-
eer dat vereiste als een niet discutabel axioma vooropstelde;
4. dat de betekenis van de Kerk op het gebied van de schenking
zeer groot geweest is en deze Kerk, krachtens haar ethische instel-
ling, wel op het handelen uit een goede intentie moest letten;
5. dat de algemeen gebruikte terminologie in het normale
spraakgebruik die animus mede omvat;
6. dat de algemene menselijke opvatting bij de schenking aan
een animus donandi denkt;
7. dat de leer van Berger, Eggens en de Duitsers nergens in de
geschiedenis gehuldigd is,
wanneer wij dat alles overwegen, dan moet men wel met zeer
sterke argumenten komen om de animus donandi te verwerpen.

Maar er is nog belangrijk meer wat voor deze animus pleit. Niet alleen dat de jurisprudentie van Frankrijk en Nederland die animus eist, maar zelfs in Duitsland, waar toch de wetgever uitdrukkelijk trachtte aan dat vereiste te ontkomen, kan men er niet zonder en sluipt het in andere gedaanten weer binnen.

Laten we een en ander nagaan.

A. FRANKRIJK.

Krachtens haar statuten was een verzekeringsmaatschappij ver-
plicht aan de houders van oprichtersbewijzen 4 % van de geïnde
premies uit te betalen. Toen een besluit van de algemene vergade-

²⁷⁾ Behalve de genoemde schrijvers sloeg ik nog Doneau en Dumoulin na.

ring om dat percentage te verminderen in rechte vernietigd werd, ging A (een van die houders) er toe over om het volledige percentage op te vragen. B, die dit in strijd met het belang van de maatschappij achtte, waarin ook hij belangen had, verplichtte zich aan haar te vergoeden, wat zij aan A betalen moest. Na B's dood vroegen zijn erven restitutie van hetgeen hij uit dien hoofde betaald had: de grond was, dat het hier een overeenkomst zonder oorzaak, althans een schenking betrof, voor welke laatste dan de formaliteiten niet in acht genomen zouden zijn. De vordering werd afgewezen ²⁸⁾.

Het geval is duidelijk: B offerde iets op zonder enig recht of enige aanspraak daartegenover te krijgen. Slechts de verwachting van uiteindelijk voordeel was voor hem de reden van zijn rechten afstand te doen, zoals de maatschappij wist; dat was de basis der overeenkomst, aldus was feitelijk vastgesteld.

De cour de cassation overwoog:

„que la renonciation à ces avantages, de la part du fondateur de la société était un sacrifice imposé par les circonstances, et qu'elle ne constituait qu'une sage mesure administrative, de nature à assurer l'existence de la société, existence à laquelle B était intéressé à tant de titres; attendu que ces constatations souveraines de fait suffisaient à justifier légalement la décision par laquelle la cour d'Angers a écarté des divers actes accomplis par B toute idée de donation ou d'engagement sans cause”.

Men ziet: ofschoon beide partijen zich er van bewust waren, dat de ene bevoordeeld werd ten koste van de andere, ja zelfs ofschoon dat de opzet was, toch werd hier geen schenking aangenomen, omdat de bedoeling niet was geweest loutere welwillendheid, m.a.w. omdat de animus donandi ontbraken. Anderzijds werd hier geheel terecht een oorzaak aanwezig geacht, daar immers op een normale wijze eigen belang werd nagestreefd. Men heeft zijn vermogen voor zijn eigen nut en kan het daarvoor besteden al naar men het het beste acht.

'n Mijn had aan een groep mijnwerkers een deel harer concessies afgestaan zonder dat enige tegenprestatie nodig was. De bedoeling was niet vrijgevigheid geweest, maar — zoals beide partijen wisten — om aan moeilijke omstandigheden te ontkomen. De mijnen hadden belangrijk voordeel bij die afstand en alleen daarom was het te doen.

Toen de mijn later die concessies terugvroeg o.a. omdat het een nietige schenking zou zijn, werd die eis afgewezen ²⁹⁾. Het was geen schenking: „la dite comp. n'a jamais eu l'intention de faire une libéralité”, overweegt de rechtbank te St. Etienne, waarbij het Hof te Lyon zich aansluit. De bedoeling was immers slechts geweest aan de moeilijkheden te ontkomen.

²⁸⁾ Cass. 28-6-1920. D. 1922. 1.346.

²⁹⁾ Lyon 26-3-91. S. Chron. I 1891.1.298.

B. 'n oude, ziekelijke dame verkocht aan P een huis; de prijs werd gedeeltelijk in contanten voldaan, gedeeltelijk omgezet in een lijfrente.

Toen B enkele dagen later stierf, tastten haar erven deze overeenkomst aan. De betaling bleek slechts schijn geweest te zijn en aldus werd ook de lijfrente beoordeeld.

Toen P daarop een beroep deed op een hem gedane schenking van het huis overwoog le Cour de Cassation ³⁰⁾: „qu'une libéralité n'existe qu'autant qu'on rencontre chez le donateur l'intention de gratifier,” welke intentie niet aanwezig was geweest, zodat ook een schenking de eigendomsovergang niet kon dragen.

Een aardig geval vormen ook de „geschenken” door kooplieden aan hun clientèle gedaan. Ook hier kan geen sprake zijn van schenkingen bij gebreke aan een animus donandi ³¹⁾.

Het zijn duidelijke gevallen, die met talloze voorbeelden aangevuld konden worden. Zie b.v. bij Planiol et Ripert: *Donations et testaments* nr. 315.

Maar zo eenvoudig als thans de kwestie schijnt, is ze toch niet. Daarvoor is het schenkingsprobleem te zeer verweven met andere instituten, zoals de natuurlijke verbintenis en de tegenstelling tussen om niet en onder bezwarende titel.

Het is daarom begrijpelijk, dat er in Frankrijk een objectieve richting bestaat, aangevoerd door Planiol ³²⁾, die schrijft (nr. 2504): „La donation est un contrat de bienfaisance, c'est à dire que celui qui fait ou promet la dation ne stipule et ne reçoit rien en retour.” Ook voor deze mening wordt een beroep gedaan op de jurisprudentie. Men meent zelfs een groter aantal uitspraken te kunnen aanhalen ³³⁾. Maar ook hier blijkt praktisch de objectieve leer niet vol te houden. Men gaat hier dezelfde kant uit als in Duitsland, waarvan ik de jurisprudentie tot bewijs van die onmogelijkheid uitvoerig zal behandelen. Ik wil hier volstaan met enkele voorbeelden van de gevallen waar men zich op beroept.

Een eerste groep is die, waarin aan de schenking zo zware lasten verbonden zijn, dat die als een equivalent van de geschonken goederen beschouwd kunnen worden. Een voorbeeld hiervan wil ik bespreken ³⁴⁾:

Twee echtelieden hadden hun goederen overgedragen aan hun kinderen. De acte was opgemaakt in de schenkingsvorm. Lasten, gelijkwaardig aan het geschonkene, werden daarbij aan de kinderen opgelegd.

³⁰⁾ 19-12-1913. D. 1919.1.29.

³¹⁾ Versailles 20-8-1895 Gaz. Palais 95.1.450. Ik ga hier af op Planiol et Ripert, daar ik de vindplaats niet kon raadplegen. In gelijke zin voor het Duitse recht J. Kohler: Die rechtliche Natur der Reklamsendung. Archiv für bürgerl. Recht 1913. 310.

³²⁾ Waar hij samenwerkt met Ripert blijft echter uiterst weinig van deze objectiviteit over. T.a.p. nr. 313 v

³³⁾ Cfr. Code civil annoté par E. Tuzier-Herman-Demogue ad art. 893 Cc.

³⁴⁾ Cass. 21-12-1887. D.88.1.456.

Het Hof overweegt: „que l'acte n'est pas une donation mais une cession moyennant un juste prix, et que, quelle que soit la dénomination qui en ait été donnée, il constitue une véritable vente” na vooropgesteld te hebben „non quod scriptum, sed quod gestum incipitur.”

Toch waarlijk geen uitspraak, waaruit men het verwerpen van een animus donandi mag afleiden. De bedoeling van de partijen was koop, aldus de vastgestelde feiten. Uit den aard der zaak zal de gebruikte schenkingsvorm een belangrijk tegenargument gevormd hebben, maar terecht is de gebruikte vorm niet beslissend geoordeeld.

Trouwens hetzelfde Hof met dezelfde president en dezelfde advocaat-generaal, die beide malen conform concludeerde had twee jaar vroeger ³⁵⁾ overwogen: „Attendu que les juges du fond, par une appréciation souveraine de la commune volonté des parties, ont constaté, en fait, que l'acte présentait les caractères, non d'un contrat commutatif, mais d'une véritable donation, c'est-à-dire qu'une intention de libéralité en avait été la cause déterminante et licite.”

Het schijnt mij, dat het arrest dus veeleer een bewijs is voor mijn opvatting. En toch wordt het regelmatig als een bewijs van het tegendeel aangehaald.

Een tweede groep van uitspraken is die over het verblijvensbeding. Wanneer we ons het grote meningsverschil daarover tussen onze juristen (voorwaardelijke scheiding? wederkerige voorwaardelijke schenking? ³⁶⁾ herinneren, moeten we er wel meteen sceptisch tegenover staan. Maar laat ik een arrest bespreken ³⁷⁾.

Twee personen hadden samen een huis gekocht en in de acte een verblijvensbeding opgenomen. Toen een van hen, nog gedurende het leven van beiden scheiding en deling vroeg, stelde zijn mede-eigenaar, dat het een voorwaardelijke schenking betrof en dus de scheiding onmogelijk was. De Cour de Cassation verwierp dat betoog, overwegende:

„mais attendu, que toute donation implique nécessairement que „le disposant se dépouille de la chose donnée sans rien recevoir en „échange, ou, du moins, sans recevoir un équivalent, qui fassent „disparaître la gratuité essentielle du contrat; que par la clause „litigieuse, chacun des contractants n'a consenti à abandonner à „ses coacquéreurs un avantage conditionnel déterminé qu'en échange de l'avantage identique que ceux-ci lui accordaient; que cette „clause constitue donc un contrat commutatif, aléatoire sans doute, „mais qui exclut toute idée de donation.”

Ofschoon de tekst niet geheel objectief is (chacun des contrac-

³⁵⁾ 7-12-1885. S. 1888-1-10

³⁶⁾ Het is duidelijk, dat de theorie van de animus donandi deze opvatting niet uitsluit.

³⁷⁾ Cass. 24-1-28. S. 1929.1.137.

tants n'a consenti qu'un échange) gaat zij toch ongetwijfeld veel meer die richting uit. Maar is de vraag van de animus donandi in casu van belang? De mededeling van de feiten geeft niets om dat te beoordelen. Men bedenke wel: eerst indien de animus donandi vaststond en ondanks dat het Hof hier van een overeenkomst onder bezwarende titel sprak, was het arrest een voorbeeld van het objectieve standpunt. Thans is het onduidelijk en zeker niet beslissend tegenover de verschillende uitspraken, waar het er wel op aan kwam en waar het Hof duidelijk voor de animus donandi koos.

Behalve deze groepen van beslissingen zijn er talloze gevallen, waarop men een beroep doet ³⁸⁾, zo bv. de beslissing, dat iemand, die krachten een derdebeding iemand een toezegging doet, niet schenkt ³⁹⁾ en dat een overeenkomst waarbij iemand zich ter betaling van geleverde diensten verplichtte een bedrag in geld te voldoen, maar eerst opeishaar na zijn overlijden geen schenking is.

Ofschoon de gebruikte terminologie wel eens objectief is, nergens heb ik een geval gevonden, dat niet volkomen in de subiectieve opvatting past. De twee gegeven voorbeelden zijn duidelijk. Ik kan natuurlijk niet alle gevallen bespreken en ook heb ik de honderden beslissingen niet allen kunnen nagaan. Maar dit mag wel mijn conclusie zijn: tegenover een aantal beslissingen, die naar hun woorden objectief zijn, zijn er vele die in dat opzicht subiectief zijn. Maar tegenover de vele beslissingen, die in wezen subiectief zijn en dus anders hadden moeten luiden, indien de animus donandi verworpen werd, heb ik er niet één gevonden, die in wezen objectief was en niet met de animus donandi in overeenstemming te brengen. De heersende leer in Frankrijk staat dan ook op het subiectieve standpunt.

Tot slot nog een opmerking: het wezen der schenking vraagt niet naar een objectief criterium. Het is niets anders dan een door milddadigheid gemotiveerde vermogensverschuiving. Maar het is mogelijk dat een bepaald positief recht zekere regels alleen geeft met betrekking tot bepaalde groepen van de schenkingen. Deze groepen kunnen dan bepaald worden door objectieve gegevens, waarvan ik met name noem verarming en verrijking. Ontbreekt dan zo'n objectief gegeven dan kan men zeggen, dat er geen schenking is, mits men voor ogen houdt, dat dan met „schenking” bedoeld wordt schenking in de zin van het betreffelijke artikel. Dit inzicht doet vonnissen, die in werkelijkheid of in schijn een objectief criterium aanleggen, dikwijls passen in de subiectieve leer. Ik kom hierop terug in het vijfde hoofdstuk.

B. DUITSLAND.

Ook in het Duitse recht speelt de animus donandi herhaaldelijk een rol, zij het dan onder andere namen, en dit ofschoon de Duitse

³⁸⁾ Cfr. het in noot 33 genoemde werk.

³⁹⁾ Montpellier 22-12-32. S. 34.2.25.

wet en de Duitse litteratuur algemeen dit vereiste verwerpt; aldus de stelling, die ik thans zal trachten te bewijzen.

Het deel daarvan in de bijzin vervat is gemakkelijk te bewijzen:

„Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt“, aldus § 516 B.G.B.

Dat deze tekst overeenkomstig zijn letter de animus donandi wil uitsluiten blijkt uit de geschiedenis van de tot standkoming van deze paragraaf. In de eerste lezing luidde hij (toen genummerd 437):

„Als Schenkung gilt die an einen Anderen erfolgende Zuwendung durch welche das Vermögen des Zuwendenden vermindert und der Andere bereichert wird, sofern sie in der Absicht dieser Bereicherung geschieht und der Andere die Zuwendung als Geschenk annimmt.“

In de „Motive“⁴⁰⁾ wordt uitdrukkelijk gezegd, dat men met de woorden: „in der Absicht dieser Bereicherung“ de animus donandi als vereiste heeft willen stellen⁴¹⁾.

De redactie gaf aanleiding tot verschillende tegenvoorstellen en bezwaren: „hierbei herrschte jedoch Einigkeit darüber, dass eine Bereicherungsabsicht auf Seiten des Zuwendenden zum Begriffe der Schenkung nicht erforderlich sei, vielmehr auch eine lediglich in egoistischer Absicht gemachte Zuwendung unter den Begriff der Schenkung falle.“

Er blijkt niet, dat men verschil maakte tussen geuite en niet-geuite „egoistischen Absichten“; men heeft zonder meer de animus donandi willen verwerpen, die — zoals ik opmerkte — als eis in de voorgestelde wetsredactie was opgenomen.

Wat de litteratuur betreft: het is natuurlijk ondoenlijk alle schrijvers aan te halen; deze studie zou zijn leesbaarheid geheel verliezen. Ik volsta daarom met een drietal schrijvers⁴²⁾:

Von Tuhr (1918): „Schenkung liegt nur dann vor, wenn beide Parteien darüber einig sind, dass eine Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll. — Die Einigung braucht sich aber nur auf die Unentgeltlichkeit der Zuwendung zu beziehen.“ (p. 153.)

De tekst door Eggens aangehaald (W.P. 2813): Die Unentgeltlichkeit einer Zuwendung beruht meistens auf dem Willen des Zuwendenden (Freigebigkeit). In der Regel liegt Schenkung vor.“ (p. 141) schijnt animus donandi te eisen. Deze tekst vervolgt echter:

⁴⁰⁾ Cfr. Mugdan: Die gesammten Materialien zum B.G.B. dl. II p. 159.

⁴¹⁾ De gebruikte terminologie acht ik niet geheel duidelijk. Zij zou ook in de tweede categorie kunnen passen. Het schijnt mij echter niet twijfelachtig, dat men in aansluiting aan de toen vrijwel heersende leer in Duitsland welwillendheid, „liberalitas“ heeft willen eisen.

⁴²⁾ Ik haal hier slechts bekende handboeken aan.

Zie verder o.a. Oertmann ad § 516 p. 702; Bessau e.a. ad § 516 p. 132; Staudinger ad § 516 p. 297.

Voor zover mij bekend alleen anders: Klein, Jur. Wochenschrift 1906 p. 100 en Zittelmann L. 133.

„Da aber das Gesetz bei der Schenkung *Einigung* ⁴³⁾ über die Unentgeltlichkeit verlangt, kann es Zuwendungen geben, welche als unentgeltlich beabsichtigt und doch nicht Schenkung sind; so z.B. die Zuwendung des Stifters bei Errichtung der Stiftung.“ Von Tuhr heeft met die tekst dus niet willen zeggen, dat er ondanks bedoelde „Unentgeltlichkeit“ geen schenking kon zijn bij gebreke aan *animus donandi*, maar bij gebreke aan wilsovereenstemming. Ook het woord „Freigebigkeit“ duidt niet op een andere opvatting; immers op pag. 74 blijkt, dat hij met „Freigebigkeit“ hetzelfde bedoelt als met „*causa donandi*“ en daarmee „eine durch kein Äquivalent ausgeglichene Vermögensvermehrung für den Empfänger auf Kosten des Zuwendenden.“

Zou trouwens von Tuhr niet uitdrukkelijk aangegeven en gemotiveerd hebben, dat en waarom hij van wet en heersende leer afweek?

Met dat al is toch von Tuhr het minst duidelijk en ik zou hem daarom niet geciteerd hebben, indien hij hier te lande niet reeds in de strijd was geworpen.

Enneccerus, Kipp u. Wolff (1932): „Ebensowenig ist zur Annahme der Unentgeltlichkeit erforderlich, dass der Gabe Wohlwollen oder Gefälligkeit zugrunde liegt. Das Motiv ist nicht Teil des Geschäfts. Danaergeschenke sind auch Geschenke.“ (II p. 434).

Planck (1928): „Neben der Einigung über die Unentgeltlichkeit ist nicht erforderlich, dass die Absicht des Zuwendenden auf die Bereicherung des Empfängers gerichtet ist, *animus donandi*. Auch eine Zuwendung in egoistischer Absicht ist, wenn die Voraussetzungen des § 516 Abs. 1 vorliegen, Schenkung.“ (II. II. p. 777).

Ja zelfs het Reichsgericht verwerpt uitdrukkelijk de *animus donandi* ⁴⁴⁾:

„Zum Begriffe der Schenkung gehört nach jetzigem Recht allerdings nicht die Absicht der Liberalität, nicht die Absicht der durch die Zuwendung eintretenden Bereicherung; wohl aber müssen beide Teile einig sein über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung.“

Maar dit is slechts theorie; wanneer het in concreto een geval te beslissen heeft, eist het de *animus donandi*. Dit wil ik thans trachten te bewijzen.

Het eerste arrest, dat ik bespreken wil, is er een van 11 Januari 1906 ⁴⁵⁾:

Ik laat de feiten terzijde, daar zij voor ons van geen belang zijn. De betekenis van het arrest ligt voor ons in deze overweging:

„Im Punkte der Einigung über die Unentgeltlichkeit (kommt es) darauf an, welche Bedeutung die Beteiligten der Zuwendung von ihrem subiectiven Standpunkt aus beilegen wollen“ ⁴⁶⁾.

⁴³⁾ Cursivering van mij. B.

⁴⁴⁾ 22-11-09. R.G.E. 72.188.

⁴⁵⁾ J. W. 1906 p. 135. Ik bepaal me tot arresten van het Reichsgericht.

⁴⁶⁾ In dezelfde zin R. G. 1-12-14 Seuffert 15.212; R. G. 7-2-19 R. G. E. 94. 322 en vele andere uitspraken.

Dus er moet geen objectief maar een subjectief criterium worden aangelegd om te beslissen of een handeling om niet of onder bezwarende titel is (unentgeltlich-entgeltlich). Nu kan men deze subjectieve zin in tweeërlei zin opvatten: vooreerst de naam, die de partijen aan de rechtshandeling geven, hetzij a) te kwader trouw, hetzij b) te goeder trouw. Het nominalisme van a) is zonder meer te verwerpen: gewilde schijn is geen werkelijkheid en gaat er in rechte tussen partijen ook niet voor door. Maar ook b) kan niet aanvaard worden; het zou een ondermijning van het gehele rechtstelsel zijn, indien men de rechtsactiviteit zou laten afhangen van namen, die (door in rechte onkundigen) aan zekere gedragingen gegeven worden.

Deze opvatting is derhalve zonder meer te verwerpen. Er rest dus alleen de tweede opvatting, nl. dat de inhoud van de partijbestedingen beslissend is voor de al of niet „Unentgeltlichkeit”; m.a.w. het oneindig genuanceerde spectrum der partijbestedingen is hier van belang, nuancerend van grof egoïsme tot verheven milddadigheid. Het eerste is dan „entgeltlich”, het tweede „unentgeltlich”.

Dit arrest bewijst mijn stelling niet; het gooit slechts de poort ertoe open. Het verschil tussen de officiële Duitse leer en de mijne blijkt ook volgens de opvattingen van het Reichsgericht slechts graadueel: beide theoriën gaan uit van het spectrum der bedoelingen. De „Unentgeltlichkeit” hangt ook in de Duitse leer niet af van de afwezigheid van een tegenpraestatie, dus niet van een objectief gegeven. De term „einig” in § 516 blijkt dus alleen dan geen pleonasme te zijn, indien men er de *uiting* van de bedoelingen onder verstaat.

De objectieve ⁴⁷⁾ formulering van § 516 zal wel tot gevolg hebben, dat de Duitsers de grens meer naar de objectieve kant zullen trekken, zodat mijn opvatting practisch beperkter zal zijn dan de hunne.

Doordat de tegenstelling tussen „entgeltlich” en „unentgeltlich” slechts graadueel is, is het enerzijds duidelijk, dat een scherpe grens niet te trekken zal zijn en anderzijds dat het moeilijk is om mijn bovengenoemde stelling te bewijzen. Ik moet aantonen, dat zij practisch hun theoretische ruimheid beperken en wel in die mate, dat zij komen tot mijn beperking en dus dat in gevallen, waarin de animus donandi zeker ontbreekt ook zij een schenking niet aannemen, ofschoon aan de eisen van § 516 voldaan is. Geen bezwaar is, dat tengevolge van de wetsformule, in grensgevallen de beslissing bij hen wel eens anders kan luiden dan voor ons, zoals ik reeds in de vorige alinea opmerkte.

Een vrouw had in verband met haar aanstaande huwelijk haar goede betrekking waaraan een pensioen verbonden was opgegeven. Haar man zeide haar later toe haar ter vergoeding R.M. 30.000 te

⁴⁷⁾ „Objectief” is hier betrekkelijk en gebruikt in tegenstelling tot het zuivere subjectivisme van mijn leer.

betalen. Na de dood van den man weigerden diens erven met deze toezegging rekening te houden. Feitelijk stond niet vast of de vrouw ter nakoming van een op zich genomen verplichting die betrekking had opgegeven of dat er in het geheel geen overeenkomst was geweest. Alleen dit laatste geval is voor ons van belang. Ten aanzien daarvan overweegt het Reichsgericht ⁴⁸⁾:

„Aber auch wenn der Erblasser bei dem Vertragschlusse nicht in Erfüllung eines — Versprechens gehandelt, er sich vielmehr erst nachträglich dazu entschlossen haben sollte die Beklagte für die durch die Eheschliessung erforderte Aufgabe ihrer Beamtenstellung (zu entschädigen) — würde der Beurteilung des Vertrages — als eines entgeltlichen kein rechtliches Hindernis im Wege stehen. Es ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts bereits mehrfach anerkannt worden, dass eine nachträgliche Vergütung für bereits geleistete Dienste, selbst wenn diese ursprünglich unentgeltlich geleistet waren, keine Schenkung zu sein braucht, — dass es vielmehr Tatfrage ist, ob im einzelnen Falle eine belohnende Schenkung oder eine nachträgliche Bewilligung oder Erhöhung eines Entgelts für die geleisteten Dienste vorliegt und dass hier für die Absicht der Beteiligten, aus der heraus die Vergütung gegeben und angenommen wird, massgebend ist. Die Grundsätze, die für die Beurteilung von Zuwendungen für geleistete Dienste aufgestellt sind, müssen aber auch in solchen Fällen Geltung beanspruchen, in denen Zuwendungen nicht gerade für geleistete Diensten, sondern für Leistungen anderer Art bewirkt oder vereinbart werden.“

Daar nu partijen in casu handelden „als Entgelt für die Aufgabe“ was er geen schenking.

Het arrest past uitsluitend en volkomen in de leer van de animus donandi: geen vrijgevigheid werd nagestreefd, maar vergoeding. De man voelde zich in zekere zin verplicht een soort schadevergoeding te betalen. Er is geen schenking.

Maar — dit is de praemisse — hij wist, dat hij niet „in Erfüllung eines Versprechens“ handelde, m.a.w. „unentgeltlich“! Dit acceptteert het Reichsgericht echter niet, omdat het dan een schenking aan moet nemen. Neen: hier is een praestatie, zegt het! Zonder meer schijnt het mij duidelijk, dat hier het begrip „praestatie“ verre overspannen wordt, zozeer zelfs dat het breekt. Iedere handeling zou in deze zin praestatie zijn, mits maar de ander er voordeel van heeft. Dit ruime begrip van praestatie is onaannemelijk.

Geheel in dezelfde trant is de uitspraak van 28 Februari 1921 ⁴⁹⁾:

Man A en vrouw B hadden bij echtscheidingsconvenant afgesproken, dat hij haar R.M. 30 per maand zou uitkeren. De vader C van de vrouw was partij geweest bij dat convenant en had de zorg voor zijn dochter op zich genomen. Later zegde A toe C ter vergoeding van die onkosten R.M. 10.000 te betalen. Enige ver-

⁴⁸⁾ 28-5-1919. R.G.E. 74.166.

⁴⁹⁾ Seuffert 76.138.

plichting daartoe uit hoofde van het convenant bestond niet; aldus uitdrukkelijk de afspraak, die naar het Duitse recht (vroeger § 1580) zeker geldig was.

Weer zegt het Hof uitdrukkelijk, dat er van een schenking geen sprake kan zijn, indien de bedoeling was „Entschädigung für Aufwendungen” te geven.

„Darnach wäre die versprochene Zahlung ausdrücklich als eine Entschädigung für die Aufwendungen des Klägers, also als eine entgeltliche Leistung vom Beklagten angeboten worden.”

Er wordt op gelet of de bedoeling was om vergoeding te *betalen*, „ihm eine angemessene Entschädigung für seine Aufwendungen zu zahlen.”

Inderdaad, omdat de bedoeling was te betalen, was er geen schenking. Maar dat kan voor het Hof niet voldoende zijn. De „Unentgeltlichkeit” moet weggewerkt worden. Wat doet het Hof nu? Het wijst op de „Entschädigung für die Aufwendungen”, nota bene „Aufwendungen”, waarmee A krachtens het contract niets te maken had.

Deze bedoelde „Entschädigung” maakte de overeenkomst „entgeltlich”. Kan men zich een ruimer interpreetatie van het begrip tegenpraestatie voorstellen?

Verder nog een belangrijk arrest over de remuneratoire schenking ⁵⁰⁾.

„Anzuerkennen ist, dass es im Einzelfall oft schwierig sein wird, zu entscheiden, ob eine nachträgliche Bewilligung eines Entgelts für geleistete Dienste vorliegt, oder eine belohnende Schenkung. Die Entscheidung wird im wesentlichen auf tatsächlichen Gebiete liegen. Wirken die geleisteten Dienste nur als Beweggrund, lösen sie ein Dankgefühl aus, dem durch eine freie Gabe genügt werden soll und wird die Gabe von der Gegenseite in demselben Sinne angenommen so liegt eine Schenkung vor. Haben dagegen die geleisteten Dienste auf der einen Seite das Gefühl eines wirklichen Schuld oder auf der anderen Seite das Gefühl eines wirklichen Anspruchs hervorgerufen, wird das Geleistete in der Annahme gegeben oder genommen, dass dadurch die Schuld abgetragen, die Dienste bezahlt werden sollen, so liegt eine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung und) deshalb keine Schenkung vor.”

Het is vrijwel dezelfde oplossing als die van den Fransen rechter. Zij past volkomen in de theorie van de *animus donandi*.

Tenslotte — er zijn nog vele andere uitspraken — nog een arrest van 2 Maart 1925 ⁵¹⁾.

Een rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging ging failliet. Haar directeuren richtten later een nieuwe dergelijke vennootschap op en — toen de zaken goed gingen — verplichtte de nieuwe vennootschap zich de schulden van de oude te voldoen. Schenking? Neen!

⁵⁰⁾ 7-2-1919. R.G.E. 94.322.

⁵¹⁾ D.J.Z. 1925. 1585.

„(Nach dem O.L.G.) hätten beide Teile das Geschäft als ein entgeltliches angesehen. Das von der Beklagten erwartete Entgelt hätte keine vermögensrechtliche Leistung sein müssen, vielmehr habe sie ihre Kreditwürdigkeit und ihre Stellung im kaufmännischen Verkehr steigern wollen. Nur dieses eigene Interesse der neuen Gesellschaft hätte es rechtfertigen können, dass ihr die Geschäftsführer vermöge ihrer Vertretungsmacht durch ein Rechtsgeschäft, das an sich mit dem Betribe der neuen Gesellschaft nichts zu tun hatte, eine so weit gehende Haftung auferlegten“⁵²⁾.

Kan het duidelijker? Iedere gedachte aan natuurlijke verbintenis wordt verworpen; de bedoeling de credietwaardigheid te vergroten m.a.w. het egoïsme maakt de handeling „entgeltlich“.

Overzien we thans de Duitse rechtspraak, die toch zozeer weggestuwd wordt van de *animus donandi*, dan moeten we tot de conclusie komen, dat de zeer ernstige Duitse poging om de *animus donandi* irrelevant te maken, mislukt is en dat deze *animus* onder de vorm van een uiterst wijd (naar mijn smaak al te wijd) begrip „*contrapraestatie*“ opnieuw binnengesmokkeld is. Ik meen daarom te mogen aannemen, dat een schenkingstheorie zonder *animus danandi* practisch onbestaanbaar is.

Tenslotte — op het volgende vooruitlopend — merk ik op, dat de Duitse rechtspraak in het familierecht niet let op een *animus donandi*. Terecht, op dat gebied heeft de wetgever daarvan geabstraheerd, zoals nader zal blijken.

NEDERLAND.

Na gezien te hebben, dat de Franse en zelfs de Duitse rechter de leer van de *animus donandi* aanhangen, zal het ons niet erg verwonderen, wanneer onze Nederlandse rechter hetzelfde doet. Er is een lange reeks van arresten en vonnissen, waarin de vrijgevigheid of *animus donandi* vereist wordt voor de schenking. Ik noem slechts H.R. 6-1-1899 W. 7225; 10-1-02 W. 7706; 8-12-21 N.J. 22.164; 8-4-27 N.J. 27.1202; 17-12-36 N.J. 37.650; Hof Amsterdam 30-6-1876 W. 4016; 11-4-1919 N.J. 19.729; Hof Arnhem 3-6-25 N.J. 26.545; Hof den Haag 6-5-01 W. 7648. Toch zijn deze arresten met de meeste andere voor mij slechts van negatief belang. In deze gevallen stond de rechter niet voor de keuze tussen mijn vrijgevigheidsleer en die van de Duitse rechtswetenschap. De uitspraken passen in beide theorieën. Van veel meer belang zijn de volgende uitspraken, in

⁵²⁾ Zie in gelijken zin bv. nog R. G. 10-3-13. Seuffert 1913. 382. Daarin overweegt het „Gericht“:

„Aber der Begriff des Entgelts ist hierbei nicht in dem formal rechtlichen Sinne auf zu fassen. Es kann auch schon ein wirtschaftlicher Vorteil, ein eigenes wirtschaftliches Interesse ausreichen um der Sicherheitsbestellung den Charakter der Unentgeltlichkeit i. S. von § 32 nr. 1 K.O. § 3 Auf. G. zu nehmen.“

Dit arrest betreft de *faillissementspauliana* en is dus zonder meer niet toepasselijk op de schenking. Maar het illustreert toch aardig, hoe gemakkelijk het Hof met de „Unentgeltlichkeit“ omspringt.

zaken waarin het wel aankwam op het verschil in beide theorieën en die alleen passen in mijn leer, die als strekking van de handeling naast „unentgeltliche Zuwendung” milddadigheid eist.

H.R. 29 Mei 1946 N.J. 46.426:

Hordijk, de echtgenoot van Beidschat, was directeur en enig aandeelhouder der N.V. Voorwaarts, die onroerende goederen bezat. Hordijk ging failliet. Beidschat maakte aanspraken ex art. 61 Fw. op de failliete boedel. Ledanck wilde de onroerende goederen kopen van de curator. Deze was daartoe alleen bereid, indien Ledanck met Beidschat een regeling zou treffen, waardoor B. tevreden gesteld zou zijn ten aanzien van haar genoemde aanspraken. L. zegt B. f 3500,— toe, waarna de curator tot verkoop overgaat. L. weigert te betalen op grond van gebrek aan oorzaak, althans ongeoorloofdeheid van deze.

Er bestonden in deze verhouding drie mogelijkheden. Vooreerst kon er een drie-partijen-overeenkomst zijn: de curator verplicht zich jegens Ledanck tot verkoop; Ledanck jegens Beidschat tot betaling van f 3500,—; Beidschat jegens de curator tot afstand van haar aanspraken ex art. 61.

Er was echter geen drie-partijen-overeenkomst. De H.R. overweegt immers: „dat, naar het Hof heeft vastgesteld, in dezen door Beidschat niet is gesteld een enkele betalingsbelofte, maar *een tusschen haar en Ledanck gesloten overeenkomst*, waarvan het doel was, dat Beidschat aldus werd tevreden gesteld (weshalve zij haar aanspraken uit art. 61 Fw., waarover tusschen haar en den curator nog geschil was, liet varen) en dat in verband daarmee de curator — die van het totstandkomen van de regeling tusschen Ledanck en Beidschat zijn beslissing had afhankelijk gesteld — zou overgaan tot den door Ledanck begeerden verkoop;

dat het Hof dit met de overeenkomst beoogde doel terecht als haar oorzaak heeft aangemerkt.”

De beide tussenvoegingen dienen slechts ter verklaring. In de parallele overweging van het Hof ontbreken ze. Uit niets blijkt, dat Beidschat enige verplichting op zich had genomen, hetzij jegens L., hetzij jegens de curator, van haar aanspraken afstand te doen. Hier komt nog bij, dat een verplichting van B. om afstand te doen, een verplichting zou zijn jegens de man privé, terwijl de plicht om te verkopen een plicht van de naamloze vennootschap zou zijn.

De tweede mogelijkheid is een koop-overeenkomst of een voor-overeenkomst daartoe tussen curator en Ledanck onder voorwaarde, dat Ledanck Beidschat tevreden zou stellen. De derde, dat de curator generlei verplichting op zich nam, maar zijn beslissing eerst zou nemen, nadat de regeling getroffen was. Het schijnt mij dat dit laatste het geval was. Het Hof overweegt, „dat de curator alleen tot verkoop te bewegen was, indien *tevorens* met Beidschat een regeling was getroffen”; „dat de curator *daarna* (bedoeld is: na de overeenkomst tussen Ledanck en Beidschat) tot bedoelden verkoop aan Ledanck is overgegaan”. Ik laat dit echter ter zijde; in beide

gevallen geeft L. onverplicht en zonder tegenpraestatie iets aan B. De strekking der overeenkomst L.—B. is een aequivalentloze praestatie.

Was hier een schenking? Het kwam niet eens ter sprake. Zij zou nietig geweest zijn, omdat er geen notariële acte was. Toch was er — terecht — volgens de H.R. een oorzaak aanwezig gelegen in het doel te weten: Beidschat tevreden te stellen en dat daardoor de curator tot de begeerde verkoop zou overgaan. Met andere woorden: het nastreven van eigen belang is een voldoende oorzaak. Deze is geen schenking.

Reeds eerder had de H.R. zich op hetzelfde standpunt gesteld, althans op een standpunt, dat tot hetzelfde resultaat leidde als het hier verdedigde — het arrest is niet zeer helder — in de procedures van de scheepvaartvereeniging Zuid tegen de arbeiders van de bij haar aangesloten werkgevers. H.R. 25-3-26 N.J. 26.781. Toen bij een grote havenstaking een collectieve arbeidsovereenkomst niet tot stand kon komen, stelde de scheepvaartvereniging de voorwaarden vast waaronder de arbeiders bij de in haar georganiseerde werkgevers konden in dienst treden. Deze voorwaarden omvatten een pensioenregeling. Het pensioen zou echter niet uitbetaald worden door de betreffende werkgever maar door de vereniging. Na korte tijd weigerde de vereniging de betaling, zich erop beroepende dat er in casu een schenking was, nietig bij gebrek aan notariële acte. In alle instanties werd zij in het ongelijk gesteld. Terecht, de vrijgevigheid ontbrak. De vereniging handelde in haar verenigingsbelang. Vanuit dit standpunt werd het pensioen verleend en aangenomen. Niet vrijgevigheid was de strekking der overeenkomst; maar aequivalentloze praestatie uit eigen belang. Cfr. Rb. Rotterdam 30-6-24 N.J. 24.1219. In onze zin ook de Rb. Amsterdam 17-5-1918 N.J. 19.509, die uitdrukkelijk vrijgevigheid en eigen belang tegenover elkaar stelt en dan kennelijk in het laatste geval geen schenking aanneemt. Cfr. Hof A'dam 11-4-1919 N.J. 19.728. Rb. Rotterdam 15-11-28 N.J. 30.274. Anders Rb. Breda 7-6-27 N.J. 28.46: overeenkomst tussen fiscus en belastingplichtige om kennelijk onverschuldigd betaalde belastinggelden terug te geven, gesloten nadat niet tijdig een bezwaarschrift was ingediend, is schenking. M.i. was hier geen schenking, omdat de fiscus niet wilde schenken, maar terugbetalen. Men had moeten vragen of deze betaling een oorzaak had, m.a.w. of er een (natuurlijke) verbintenis tot terugbetaling bestond. Ook de Rb. Maastricht stelde zich onlangs (21-2-46; nog niet gepubliceerd ^{52a}) op het hier verdedigde standpunt. Oomens had mijnschade geleden. De mijn hood een schadevergoeding aan, die Oomens te gering leek. Bang een eventuele procedure te verliezen wilde hij de vergoeding aanvaarden, totdat hij erover sprak met aannemer Klooth, die verwachtte de schade te mogen herstellen, ofschoon er geen overeenkomst toe bestond, en die hem aanraade

^{52a}) Inmiddels N. J. 47.44.

een proces te beginnen en toezegde bij verlies de kosten te vergoeden. Toen Oomens, na het proces verloren te hebben, Kloth aansprak, weigerde deze te betalen, omdat de overeenkomst een oorzaak miste. „Ten onrechte” overwoog de rechtbank, wil de gedaagde „van een oorzaak niet weten, indien tegenover de verplichting geen tegenprestatie staat of de verbintenis niet uit vrijgevigheid is aangegaan; dat toch de wet ook overeenkomsten kent met andere oorzaak, zooals den borgtocht en de kansovereenkomsten, tot welke laatste groep de onderwerpelijke overeenkomst naar het oordeel van de rechtbank valt te rekenen; dat de door den eischer als oorzaak der betalingsbelofte gestelde bedoeling van partijen dat de eischer, in stede van een aanbod tot vergoeding van mijnschade te aanvaarden, op het aanraden en *in het belang van den gedaagde* die zich met het herstel dier schade als aannemer wilde belasten, tot de instelling van een hooger eisch in rechte, door den gedaagde tegen de kwade gevolgen van die procedure gevrijwaard, zou vermogen te besluiten, aan hetgeen de wet met betrekking tot de oorzaak vereischt alleszins beantwoordt.” Vergeet men de onjuiste rangschikking van deze overeenkomst onder de kansovereenkomsten, dan is dit vonnis geheel juist. Cfr. verder Rb. Leeuwarden 24-11-98 W. 7210.

Zijn de belangrijke uitspraken op het gebied van de officiële rechtspraak zeldzaam, rijker stroomt de bron van de administratieve beslissingen, verzameld in het periodiek woordenboek. Zeker, dit zijn beslissingen op fiscaal gebied, die zelfs niet bindend zijn. Maar in de notariële praktijk, die toch in zeer belangrijke mate rechtsvormend is, zijn zij in de overgrote meerderheid van de gevallen de leidraad, waarnaar de justitiabelen leven; zij worden daar van veel meer belang geacht dan de uitspraken der lagere rechters; zelfs indien de administratie een standpunt inneemt, dat afwijkt van dat van de H.R., houdt men zich practisch meestal aan de P.W.s. Men is dan immers practisch zeker een procedure over de te heffen rechten te vermijden. Maar zijn de P.W.s wel voor ons van belang, daar zij toch slechts het standpunt van de administratie bepalen in verband met het heffen van belastingen? Zeker de fiscale begrippen hoeven niet identiek te zijn aan de civielrechtelijke. Maar men overdrijve niet. De wetenschap van het belastingrecht naast het gewone recht, indien reeds bestaande, is betrekkelijk jong. Naarmate een wet ouder is, is de veronderstelling meer gewettigd dat de wetgever — tenzij uitdrukkelijk anders blijkt — met de civielrechtelijke begrippen werkte. Maar wat hier ook van zij, op ons gebied wordt de identiteit⁵³⁾ van het civielrechtelijke en fiscale begrip schenking algemeen aanvaard met uitzondering van Idema W.P. 3506, die leert dat de successiewet geen animus donandi eist. In zijn opvatting is de bewijskracht van het volgende ten gunste van mijn leer nog groter.

⁵³⁾ Uiteraard voor zover niet uitdrukkelijk anders bepaald. Cfr. art. 1 Succ. w.

Als leidraad voor het optreden van de ontvangers geldt in deze de ministeriële circulaire 1510, die — weinig zeggend — voor een schenking „vrijgevigheid” eist. Van meer belang zijn de richtlijnen in concreto.

Toen de Minister gevraagd werd of er schenkingsrecht verschuldigd was over een door een gemeente gegeven subsidie, antwoordde hij ontkennend, omdat de gemeente hier geen vrijgevigheid beoogt, doch slechts haar eigen belang en dat harer inwoners dient. P.W. 12407.

Een bouwmaatschappij droeg aan een gemeente gronden over bestemd voor de aanleg van straten. Verder stond die maatschappij f 98.000,— af aan de gemeente, zijnde dit de kosten van de aan te leggen werken. Tenslotte nam de gemeente op zich de straten te onderhouden, zoals zij ook de overige straten deed.

Volgens de Minister was hier noch een schenking noch een overdracht onder bezwarende titel. Feitelijk werd vastgesteld, dat de betaling van de f 98.000,— stond tegenover de plicht van de gemeente om tot de aanleg der wegen over te gaan. De plicht tot onderhoud was geen wezenlijke tegenpraestatie, maar slechts een herinnering aan de publieke plicht van de gemeente tot onderhoud van straten en wegen. Toch was er geen schenking. Een motivering hiervan geeft de minister niet. P.W. 13649.

Geheel in gelijke zin was reeds beslist bij P.W. 9487, dat een beslissing meedeelde in een geval, dat aan een polderbestuur stroken grond voor wegaanleg waren afgestaan alleen om eigen grond daardoor in waarde te vermeerderen. Geen schenking werd aanwezig geacht, omdat de liberaliteit ontbrak.

Bij P.W. 11574 was beslist, dat een overgang van onroerend goed of een schenking was of een overdracht onder bezwarende titel. Deze beslissing werd onjuist geacht bij P.W. 12384 ⁵⁴⁾ dat een beslissing gaf in het volgende geval:

Ten name van een parochie-bestuur werden onroerende goederen gesteld, die eigenlijk toebehoorden aan een vereniging. Dit geschiedde omdat het voortbestaan der vereniging nog niet verzekerd was. Toen zeer vele jaren later het bestuur de goederen aan de vereniging wilde overdragen, deed zich de vraag voor of er hier een schenking was en zo neen of wij met een overdracht onder bezwarende titel te doen hadden. Weer werd geen schenking aangenomen, echter zonder motivering. Van een overdracht onder bezwarende titel was geen sprake aangezien er geen contra-praestatie was. Evenmin werd een schenking aanwezig geacht toen een Bisdom aan een nieuwe parochie grond overdroeg zonder aequivalente ver-

⁵⁴⁾ Er zijn 2 begrippen „om niet” en „onder bezwarende titel”, zoals later zal blijken; een objectief en een subiectief. Neemt men beide begrippen hetzij objectief, hetzij subiectief, dan sluiten zij inderdaad aaneen. Neemt men „om niet” objectief en „onder bezwarende titel” subiectief, dan is er een hiaat tussen, waarin het P.W. 12384 valt.

goeding. Thans werd uitdrukkelijk als motief aangegeven het ontbreken van de vrijgevigheidsbedoeling P.W. 12879 ⁵⁵⁾).

Niet zonder belang is, dat men in de praktijk naar de hier verdedigde opvatting leeft, met name ten aanzien van de afstand van strookjes grond voor wegeaanleg. Veelal maakt men van een dergelijke afstand geen notariële acte op, omdat men van mening is, dat een dergelijke afstand geen schenking is. Cfr. Sens, Overname van openbare straten. Weekblad voor Gemeentebelangen 1929 p. 425.

Thans kom ik tot een aantal losse, maar daarom niet minder belangrijke argumenten.

In zijn artikel over schenking tussen echtgenoten W. P. 3859, haalt de Bruijn een aantal rationes aan voor het bestaande verbod:

1. vrees voor misbruiken; de ene echtgenoot moet beschermd worden tegen baatzucht van de andere;
2. vrees voor te grote liefde, waardoor de ene echtgenoot zich mateloos zou kunnen verarmen ten behoeve van de andere;
3. vrees voor benadering van de belangen der kinderen;
4. vrees voor benadeling der schuldeisers.

Vraagt men waarom de schenking bij notariële acte moet geschieden, dan vindt men bij Losecaat Vermeer (Land p. 472) vermeld: „om den schenker voor overijling te behoeden en wellicht ook tegen vreemde invloeden te beschermen”, argumenten die men overal kan vinden ⁵⁶⁾

Bezien wij deze rationes stuk voor stuk, dan hebben zij slechts zin, indien animus donandi een schenkingsvereiste is.

Zijn misbruiken, die de baatzuchtigheid van een der echtgenoten in de hand werken, mogelijk bij handelingen, waarbij beide partijen om eigen baat handelen? Of zal een te grote liefde egoïsme meebrengen?

Men zal zeker „neen” antwoorden. Maar ook bij de benadeling der kinderen is het niet anders. Zuivere objectieve benadeling is niet voldoende reden, want dan zou wegens die ratio iedere handeling, waarvan de ouder nadeel geleden had, vernietigd kunnen

⁵⁵⁾ Het afwijkende P.W. 13091 is kennelijk onjuist. Dit acht een schenking aanwezig, omdat het i.c. 2 rechtspersonen betrof, die reeds lang naast elkaar bestonden. Wat heeft dit met het schenkingsbegrip te maken? Dit was — in tegenstelling tot de opmerking van de minister — in het geval van P.W. 12384 ook zo.

⁵⁶⁾ Tegenwoordig minder algemeen is het argument, dat door de notariële acte de onherroepelijkheid beter gewaarborgd is, omdat de minuut zorgvuldig bewaard wordt. De kracht van dit argument is voor ons moeilijk te begrijpen. Men dacht historisch aan een schenking, waarvan de schenker de enige acte onder zich hield. Door de acte te vernietigen en daarna de schenking te ontkennen, kon hij practisch meestal de schenking eenzijdig herroepen, terwijl men vroeger juist zeer veel waarde hechtte aan de onherroepelijkheid. Acht men deze ratio juist, dan is zij geen bewijs noch voor noch tegen de animus donandi.

worden. Zo ook bij de benadeling der schuldeisers. Slechts bevoordelingsbedoeling bij den schenker maakt deze rationes aannemelijk.

Ook bij de rationes voor de vorm kunnen wij gemakkelijk dat vereiste aantonen. Waarom immers de schenker te beschermen tegen overijling bij baatzuchtige handelingen? Die bescherming geeft het recht immers elders toch ook niet.

De begiftigde is tot een zekere dankbaarheid verplicht. De herroepelijkheid ener schenking in geval van misdrijf, gepleegd tegen de schenker en in geval van weigering tot alimentatie nadat de schenker tot armoede is vervallen, zijn er een uitvloeisel van.

Deze verplichting kan niet verklaard worden, tenzij animus donandi een vereiste der schenking is. Waarom zou de „begiftigde” dankbaar moeten zijn, indien de „schenker” eigenbelang nastreefde?

Zo is het ook met de vrijwaring, tot welke de schenker in belangrijk mindere mate gebonden is dan de verkoper.

Verder: artikel 175 B.W. geeft aan een schenker de bevoegdheid te bepalen, dat de geschonken goederen buiten de algehele huwelijksgemeenschap vallen. Waarop berust deze bevoegdheid? Indien de schenker eigen belang wil behartigen, dan is er geen reden om hem zich met het huwelijksstatuut te laten bemoeien. De verkoper kan het verkochte voorwerp ook niet buiten de gemeenschap doen vallen. Is echter zijn doel een der echtelieden te bevoordelen, dan is het redelijk dat hij de bevoordeling kan beperken tot de persoon, die hij wil bevoordelen.

Tenslotte: de overdracht van een erfpachtsrecht zonder tegenpraestatie. Dit kan schenking zijn; het hoeft echter niet, nl. indien de oude erfpachter zijn recht afstaat om van de canon af te komen. Dat de nieuwe de canon moet gaan voldoen kan niet als tegenpraestatie gelden, daar de canon een zakelijke last is, aan het erfpachtsrecht inhaerent.

Zo is het ook bij de overdracht zonder tegenpraestatie van land om van de daarop drukkende grondrente af te komen en ook bij de overdracht van landerijen met geld toe, zoals deze volgens Clevering W.P. 2823 omstreeks 1924 voorkwam.

Overzien wij het tot hier gehouden betoog, dan zien wij, dat een machtige reeks van argumenten pleit voor de animus donandi in de strikte zin der milddadigheid. Het belangrijkste schijnt mij de uit de Duitse jurisprudentie gebleken onhoudbaarheid van een andere theorie, zodat dan ook in de rechtspraktijk die eis gesteld wordt, niet alleen in Duitsland maar ook in Nederland en Frankrijk.

Maar ook de andere argumenten, dat van de geschiedenis, dat van de schenkingsvormen en dat van de verlangde dankbaarheid schijnen mij sterk.

Wat stelt men hier tegenover?

1. Een eerste bezwaar — overal en in alle toonaarden aange-

voerd — is dat een motief geen rol in rechte kan spelen. Het ware een ondermijning van het gehele rechtsstelsel aan de bedoelingen van partijen betekenis toe te kennen.

Ongetwijfeld is deze opmerking juist. Geheime intenties mogen wij juridisch zeker geen rol laten spelen. Maar zo bedoel ik het ook niet. Alleen een schenkingsbedoeling, die hoe dan ook aan den dag is getreden en door de wederpartij geaccepteerd is, wil ik betekenis toekennen. Waarom moet het recht per se de schenkingsovereenkomst van die intentie abstraheren? Ik kan die noodzakelijkheid niet inzien. Het schijnt mij toe, dat men meestal alleen aan de niet geuite bedoelingen dacht. Men verwierp die — terecht — als irrelevant. Maar daarmee meende men ook de *animus donandi* te verwerpen, hetgeen geenszins verantwoord was.

De wetgever zelf kent trouwens wel eens betekenis toe aan nog verder liggende motieven. Ik denk bv. aan art. 80, 8ste Sw. dat van schenkingsrecht vrijstelt: „elke schenking, die de strekking heeft om den begiftigde, die niet in staat is zijn schulden te betalen daartoe in staat te stellen”. Vergelijk hierbij P.W. 13334.

Bovendien zijn er verschillende gevallen aan te wijzen, waarin de wetgever het motief van belang achtte. Cfr. o.a. B.W. 75 (het voorname om aldaar zijn hoofdverblijf te vestigen); 179 (schenkingen, om aan kinderen enen stand te bezorgen); 228 (schenkingen tot beloning of om andere redenen); 247 (opzettelijk); 594 (het oogmerk om de zaak voor zich te behouden); 937 (valse beweegreden); 938 (ongeoorloofde beweegreden); 953 (beschikkingen tot vergelding van bewezen diensten); 1356, 1371, 1373 (oorzaak); 1379 (bedoeling der partijen); 1390 (vrijwillig = bedoeling om voor een ander te handelen); 1437 (ten einde zijne schuld te betalen); 1687 (met het oogmerk om zich alleen een voordeel toe te eigenen).

2. Oertmann (p. 36) heeft als bezwaar, dat een schenkingsovereenkomst later zijn karakter zou kunnen verliezen, indien men de *animus donandi* aanneemt. Hij denkt aan het geval van een tegenschenking. Daar deze zou geschieden ter compensatie van de vroegere schenking, zou de eerste schenking zijn *animus donandi* verliezen. Het geheel der rechtshandelingen zou bv. ruil kunnen worden.

Het bezwaar schijnt mij duidelijk onjuist. Een koopovereenkomst verliest toch immers ook niet zijn karakter, indien later een der praestaties kwijt gescholden wordt. Evenmin verandert een schuldvernieuwing de oorspronkelijke overeenkomst van karakter.

3. Een derde bezwaar is door Scholtens aangevoerd:

„Hoewel het rechtskarakter van een handeling ongetwijfeld mede bepaald wordt door het motief, dat den handelenden persoon bezielt, (is) diens subiectieve waardeering van zijn eigen motief voor dit rechtskarakter niettemin onverschillig. De waardeering der motieven blijft hier aan het recht zelf voorbehouden.” (p. 287)

„Voor de vraag of al dan niet een liberaliteit bestaat, komt het alleen aan op de objectieve rechtswaardering van het motief. Hieruit volgt, dat men aan de nakoming van een informeel legaat door den erfgenaam het schenkingskarakter niet mag ontzeggen enkel op grond van het feit, dat de erfgenaam in dit geval niet door een persoonlijke wensch aan de beneficiaris een liberaliteit te bewijzen bezielde wordt.” (p. 272)

Juist is ongetwijfeld, dat de *naam*, door partijen aan hun rechtshandeling gegeven op zich van geen belang is. Indien partijen aan hun rechtshandeling, waarbij de ene aan de andere een liberaliteit wilde bewijzen, de naam „koop” gaven, blijft het een schenking. Maar de *bedoeling* van de partijen is iets anders dan de door hen gegeven naam. Indien een erfgenaam een informeel legaat heeft willen voldoen (betalen), zich (uit natuurlijke verbintenis bv.) schuldig achtend, is het een betaling en moet voor de vraag der onverschuldigheid het al of niet bestaan ener natuurlijke verbintenis onderzocht worden. Achte hij zich niet schuldig, maar wilde hij bv. uit pieteit ten opzichte van den erflater toch het legaat „nakomen” en den legataris daardoor een liberaliteit bewijzen, dan is het schenking. De gegeven naam is van geen belang.

Meijers, die hetzelfde argument aanvoert ⁵⁷⁾, stelt de vraag:

„Zou een geven uit harmhartigheid ophouden een schenking te zijn, omdat de gever dit als een natuurlijke verbintenis beschouwt, en zou hij dan het gegevene kunnen terugvorderen, zoodra de rechter oordeelt, dat hier geen natuurlijke verbintenis bestaat?”

Ik antwoord volmondig: „neen”, indien Meijers op het oog heeft, dat de begiftigde die bedoeling van den gever niet kent en niet behoeft te kennen. Maar evenzeer zeg ik „ja”, indien beide partijen uitgingen van het bestaan ener verbintenis en slechts betaling wilden. Welke onbillijkheid zit er in om hier het gegevene te laten restitueren? De basis voor het geven was immers de vermeende verplichting?

Ik kan een en ander wellicht nog met het volgende voorbeeld verduidelijken:

Iemand A, die finantieel zeer zwak staat, heeft een schuld aan een vriend B. Een faillissement dreigt. A wil, dat de schuld aan B voldaan wordt boven die aan de andere schuldeisers en hem in zoverre bevoordelen. Beide partijen zijn zich van de toestand welbewust en beschouwen B als bevoordeeld. Ondanks deze partijopvattingen hebben wij hier geen schenking, omdat de bedoeling van partijen uitdrukkelijk was de schuld van A aan B te doen tenietgaan. Wij hebben hier dus een betaling, een betaling in rechte geabstraheerd van zijn bedoelingen (Cfr. of Fw. 47). Ofschoon partijen deze handeling als schenking beschouwden en betitelden is zij dat niet. Zij is betaling.

Uit dit geval kan ook blijken dat men de stelling niet mag om-

⁵⁷⁾ W. P. 2964 p. 544.

keren: wel is er voor schenking animus donandi vereist, maar niet iedere met animus donandi verrichte rechtshandeling is schenking. Het recht abstraheert vaak ook van uitgesproken partijbedoelingen. Zie het volgende hoofdstuk.

Meijers W.P. 2963 v. p. 543 nt. 4 voerde verder als bezwaar aan dat er religieuze plichten van barmhartigheid en plichten van vriendschap bestaan ter nakoming waar van gegeven wordt, aan welke giften het schenkingskarakter niet mag worden ontszegd.

De opmerking is juist, maar snijdt geen hout. Immers dergelijke plichten eisen juist het beoefenen van liberaliteit. Men geeft niet, omdat men zich gehouden acht jegens de begiftigde en een aanspraak van deze erkent, maar omdat men een ethisché zuiver persoonlijke, niet jegens een bepaalde andere gerichte plicht erkent om wel te doen. De objectieve strekking der handeling is liberaliteit. Als zodanig wordt bij een kerkcollecte gegeven en ontvangen. Om het eens ethisch te zeggen: In dergelijke gevallen wordt niet de deugd van rechtvaardigheid, maar die van barmhartigheid beoefend.

Tot besluit van dit hoofdstuk een kort overzicht. Het is ons gebleken, dat èn in het Romeinse recht en verder de hele geschiedenis door, èn in het Franse recht èn in het Duitse recht, ofschoon daar toch zoveel tegenstand te overwinnen was, èn in onze eigen Nederlandse rechtspractijk als voldoende causa voor een vermogensverschuiving behalve de animus donandi, ook geldt nagestreefd eigenbelang.

Ik kom tot de conclusie, dat men niet alleen steeds op de animus donandi gelet heeft, wanneer men wilde vaststellen, of men met een schenking te doen had, maar ook dat men daar noodzakelijk op moet letten. Dit wordt nog bevestigd door enkele andere argumenten, met name dat van de schenkingsvormen en dat van de verplichting tot dankbaarheid.

HOOFDSTUK III.

Milddadigheid en subiect.

In de inleiding zeide ik toe ook langs een geheel andere weg de betekenis der vrijgevigheid voor ons privaatrecht te gaan bepalen: ik zou bij een subiect de milddadigheid veronderstellen en het dan het rechtsgebied laten doorwandelen. Nu is dit natuurlijk meer beloofd dan kan nagekomen worden. Het aantal mogelijkheden is legio; ik kan zelfs niet naar volledigheid streven. Het is slechts mijn doel schetsmatig aan te geven welke rol de milddadigheid in het algemeen vervult. Ik laat het dan aan de onderzoeker van speciale onderwerpen over daar tot toepassing over te gaan.

Ten aanzien van de vrijgevigheid — dit begrip genomen in de zin van milddadigheid, zoals in het vorig hoofdstuk beschreven — kan de houding van het positieve recht drievoudig zijn: zuiver abstract; zuiver causaal, gemengd.

Met het eerste is bedoeld, dat de wil om een bepaald resultaat te bereiken in rechte ook voldoende is om dat resultaat te bereiken. Geeft men een ander een voorwerp met de wil hem daarvan eigenaar te maken, dan gaat de eigendom over los van de vraag of men die overdracht gewild heeft om te betalen, om te schenken of anderszins.

Met het tweede is bedoeld, dat die abstracte wil alleen niet voldoende is, maar dat zij moet steunen op een zekere „causa”: bv. de bedoeling om te betalen, die om te schenken, etc.

Ter vermijding van misverstand merk ik op, dat dit een heel andere abstractie of causaliteit is, dan die bij de bekende vraag naar het abstracte of causale stelsel bij de eigendomsovergang. Dit laatste stelt de vraag of er behalve het wilselement — waarover ik spreek — nog een objectief element aanwezig moet zijn: indien eigendom tot betaling wordt overgegeven moet er dan een schuld zijn voor de eigendomsovergang? M.a.w. is een vermogensverschuiving voldoende gerechtvaardigd door een al of niet gecauseerde wil daartoe of moet er bovendien een objectieve grondslag voor deze verschuiving zijn? Deze vraag laat ik terzijde, als geheel buiten mijn onderwerp vallende.

Met het gemengde stelsel bedoel ik een recht, dat op sommige plaatsen wel, op andere plaatsen niet van de bedoeling abstraheert. In de gevallen, waarin de wetgever van deze bedoeling abstraheert, kan hij dan of altijd of nooit een schenking zien.

Het is zonder meer duidelijk, dat in een zuiver abstract systeem

voor een schenkingstheorie geen plaats is. Betaling en schenking zijn daar identiek.

Het schijnt mij toe, dat het eerste en tweede stelsel slechts theoretische mogelijkheden zijn. In ieder geval plaatst ons recht zich op het derde. Ik wil dit nagaan en mij daarbij beperken tot het Burgerlijk Wetboek, daarbij opmerkende dat het voor het schenkingsbegrip van geen belang is, of volgens een bepaald positief recht een zekere handeling, ofschoon onder dat begrip vallende, niet als schenking behandeld wordt, aangezien de wetgever in concrete gevallen van de partijbedoelingen geabstraheerd kan hebben.

Het personen- en familierecht. Op zich is het volstrekt niet uitgesloten, dat er op dit gebied met schenkingsbedoeling gehandeld wordt. Wanneer een zeer bedaaide rijke man een meisje wil bevoordelen, zou hij haar kunnen huwen en haar krachtens huwelijksvoorwaarden vrijwel zijn gehele vermogen doen toekomen, b.v. in deze zin dat het meisje voor 90 % in de algehele gemeenschap gerechtigd is. Men maakt dan, *animo donandi*, gebruik van de rechtsfiguur van het huwelijk, al of niet om daarna ook werkelijk een huwelijksleven te gaan leiden.

Moeten wij hier aan een schenking denken?

Het geval ligt geheel parallel aan dat waarin een Pools meisje een Nederlander huwde om de Nederlandse nationaliteit te krijgen.

Het Hof in den Haag achtte op 29 Nov. 1934 N.J. 35.402 deze bedoeling juridisch niet van belang met een beroep op „het formeel karakter van de wettelijke regeling ter zake huwelijksvoltrekkingen”. Dit formeel karakter betekent niets anders dan een abstractie van partijbedoelingen, zoals wij ook spreken van het formeel karakter van het oude Romeinse recht.

Zo is het b.v. ook bij het aanvaarden van een curatele, ofschoon men daartoe in het geheel niet verplicht is, en alleen om de curandus om niet en uit milddadigheid te laten genieten van zijn werkkracht en verzorging.

Met welke bedoeling men de curatele aanvaard heeft, hoeft niet nagegaan te worden. Daarvan is geabstraheerd.

Belangrijker voor ons is het zakenrecht. Wat betreft de levering van eigendom kan niet volledig van de bedoeling, die bij de levering bestond, geabstraheerd worden. De wil om eigendom te doen overgaan is nog niet voldoende voor die overgang. Men moet om een of andere reden die eigendom hebben willen doen overgaan. Immers art. 639 eist behalve de levering een titel voor de eigendomsoverdracht. Maar hoe moet de band tussen levering en titel gelegd worden, indien niet door de partijbedoeling? Zo heeft ook onze wetgever het gezien. Het blijkt uit 1432 B.W.: de schuldenaar van meerdere schulden heeft het recht „te verklaren tot voldoening van welke dier schulden hij de betaalde som wil doen verstrekken”.

Hier is dus de bij de betaling bestaande bedoeling van belang. Er is geen reden hierin een uitzonderingsgeval te zien.

Ook elders erkent onze wet het causale karakter van de eigendomsoverdracht. Ik denk aan de schenking van hand tot hand. Deze zakelijke overeenkomst eist voor zijn geldigheid liberaliteit. Aldus ook H.R. 17-12-'36 N.J. 37.650.

Tenslotte dit: als A aan B f 1000,— schuldig is, kan hij toch aan B f 1000,— schenken, daarbij de schuld in stand latend. Hoe is dit mogelijk bij abstractie van partijbedoelingen?

Ik herhaal dat hier niet aan de orde is de bekende kwestie van de abstracte af causale leveringsleer. Deze leer vraagt naar de gevolgen van het ontbreken van een geldige schuld; de hier besprokene naar de betekenis van de partijbedoelingen. Is men causaal in de laatste leer, dan kan men abstract zijn in de eerste.

Hetgeen voor de levering van eigendom geldt, geldt ook voor iedere andere zakelijke overeenkomst. Wanneer A aan B een koe in vruchtgebruik overhandigt, moeten wij nog vragen: waarom doet hij dat? Wellicht om zijn verplichting daartoe na te komen? Of wellicht om dit vruchtgebruik te schenken?

Moelijkijker wordt onze vraag, indien wij nagaan of bij de afstand van enig zakelijk recht geabstraheerd is van de bij die afstand bestaande bedoeling. Moet hierbij wellicht onderscheiden worden tussen zakelijke zekerheidsrechten en andere?

De kwestie is niet geheel nieuw. De P.W.s 11110 en 11422 stellen de kwestie aan de orde maar lossen ze alleen op voor de successiewet, zodat ze voor ons waardeloos zijn. Cfr. ook P.W. 8768.

Men zegt vaak, dat afstand kan geschieden *bij* overeenkomst tussen gerechtigde en eigenaar. Cfr. Diephuis VII p. 291. Ik geloof niet dat dit juist is. Wel kan zo'n afstand geschieden *krachtens* overeenkomst. Op zich is zij eenzijdig. De aard van het zakelijk recht, zijn inbreuk op de eigendom, die neigt tot volheid, brengt dit mee. Zelfs de afstand van eigendom kan eenzijdig geschieden. De historie bewijst dit. Deze afstand speelde voornamelijk een rol om zich van de al te zware lasten, die op zijn eigendom drukten, te ontdoen. Cfr. B.W. 683 en 736. A fortiori kan van het zakelijk recht eenzijdig afstand worden gedaan. Cfr. B.W. 1253.

Dit eenzijdige karakter brengt de abstractie mee. Ware dit niet zo, dan zou de verkrijger een bedoeling, een causa van den afstanddoener in zijn schoenen geschoven krijgen, ofschoon hij er geheel buiten staat. Wellicht wil hij in het geheel geen schenking van de zakelijke gerechtigde accepteren; wellicht waren de bedoelingen van deze laatste onzedelijk. Alleen indien de begiftigde de gift als gift accepteerde kan er van schenking sprake zijn. Cfr. p. 550.

Wordt er afstand gedaan, dan vraagt de wetgever niet naar de causa ervan. Bij de afstand speelt dus nimmer de milddadigheid een rol, is schenking dus uitgesloten. Dit betekent niet, dat de overeenkomst, die tot het doen van afstand verplicht, geen schenking zou kunnen zijn. De overeenkomst is tweezijdig; daarbij bestaan niet

de bezwaren, die er zijn om in de afstand een schenking te zien. Cfr. H.R. 24-6-'38 N.J. 39.337.

Beziet men de zaak aldus dan is ook het afstand doen van een zekerheidsrecht geen schenking. Cfr. Rechtsvraag III W.P. 3375. Wel kan er in het daar behandelde geval een schenking gelegen zijn in een eventuele overeenkomst om de afstand te doen. Bij overeenkomst is nimmer van de partijbedoeling geabstraheerd. Dit is mede de betekenis van de oorzaakseis.

Is hypotheekverlening schenking? Hier is een vermogensverschuiving die als iedere andere verantwoording behoeft. Ik bespreek slechts het scherpste geval: hypotheekverlening door een derde voor een oude schuld.

Wij zullen moeten onderscheiden: geschiedt de hypotheekverlening tot nakoming van een vroegere verbintenis of niet? In het eerste geval is de hypotheekverlening geen schenking. De animus donandi ontbreekt. Wel zal de oorspronkelijke overeenkomst dan een schenking kunnen bevatten, indien n.l. de hypotheek zuiver uit liberaliteit wordt toegezegd. B.v. indien de derde hypotheek verleent voor een geheel waardeloze schuld zonder dat de schuldenaar er iets vanaf weet, alleen om de schuldeiser te bevoordelen. Wordt zij echter toegezegd b.v. om de opeising van de schuld te voorkomen — ook indien de crediteur zich daartoe niet verbindt — dan is het geen schenking. Cfr. Cour de Cass. 22-8-82 D.P. 1883. 1. 296. H.R. 23-12-81 W. 4724, Rb. Maastricht 23-10-41 N.J. 43.34 en Rb. Breda 17-1-'05 W. 8251.

Is er geen vroegere overeenkomst dan rijst hier de vraag, of wij in een dergelijke hypotheekverlening een samenvaal moeten zien van obligatoire en zakelijke overeenkomst of dat er uitsluitend een zakelijke, een zgn. overeenkomst metterdaad is. Is de eerste oplossing juist, dan hebben wij met een zelfde geval te maken als het boven besprokene. Nemen wij de tweede als juist aan, dan ligt de zaak anders. Desalniettemin meen ik dat er ook dan sprake kan zijn van een schenking. Onze zakelijke overeenkomsten zijn causaal, zoals boven bleek. Bij de overeenkomsten metterdaad fungeert de animus donandi als titel. Cfr. Wisselink W.P. 3711 en de daar genoemde litteratuur en rechtspraak. Deze laatste is voor ons van weinig belang, daar zij geen algemene uitspraken geven, maar belastingwetten betreffen. Cfr. verder Polak, Handelsrecht 5e dr. p. 583 en de daar genoemde litteratuur.

Wenden wij ons thans tot het erfrecht, dan kunnen wij ons afvragen of bij de verwerping van een rijke nalatenschap ten bate van een ander, een eventueel daarbij bestaande bevoordelingsbedoeling, juridisch relevant is.

Het schijnt mij toe van niet. De verwerping geschiedt eenzijdig; het verworpene wordt automatisch door de volgende erfgenaam verkregen. Hier geldt hetzelfde bezwaar als boven aangevoerd bij

de afstand: men kan iemand niet aansprakelijk maken voor de bedoelingen van een ander. Men doet dit, indien men bij eenzijdige handelingen niet van de bedoeling abstraheerde.

Het zou bovendien practisch wel zeer onbevredigend zijn, indien men aannam, dat een schenking eenzijdig kan geschieden. Er zijn ernstige bezwaren van juridische en andere aard. Het geschonkene is immers een wankel bezit. Steeds wordt men bedreigd met inkortingen en herroeping. Wellicht is het op de dag van de schenking reeds zeker, dat de schenking ingekort zal worden. De „begiftigde”, mag dan tot de dood van de „schenker” de gift als het ware om niet bewaren. Men moet schenkingsrecht en vermogensbelasting betalen en later weer terug vragen. Nog sterker zijn de bezwaren bij een schenking aan iemand, die tot inbreng verplicht is. Restitutie van het betaalde schenkingsrecht wordt niet gegeven, terwijl de begiftigde wellicht geen successierecht had hoeven te betalen. Voor 1923 bestond bovendien de mogelijkheid om iemand als getuige uit te schakelen door hem zo’n schenking te doen. Art. 1950 B.W.

Als bezwaar zal men aanvoeren, dat deze opvatting tot gevolg heeft, dat op een dergelijke eenzijdige handeling dan ook niet de schenkingsbepalingen met name de inkorting toepasselijk zijn.

Men vergeet dan echter twee dingen: vooreerst dat een dergelijke handeling vaak zal berusten op een overeenkomst, die als zodanig wel schenking kan zijn; vervolgens dat een dergelijke eenzijdige afstand toch als schenking bekrachtigd kan worden. Indien de begiftigde toetreedt tot de schenkingsintentie van de schenker, hetgeen b.v. kan geschieden door zich dankbaar te tonen, maar ook stilzwijgend, dan is er geen bezwaar, in de afstand, bekrachtigd door die toetreding, een schenking te zien en dan op het afgestane in te korten. Protesteert echter de begiftigde — niet in schijn maar in werkelijkheid — en geeft hij uitdrukkelijk te kennen geen schenking te willen aanvaarden dan zal inkorting zijn uitgesloten, hetgeen alleszins billijk is. Geheel terecht merkt dan ook de Proc. Gen. Berger in zijn conclusie bij H.R. 18-1-46 N. J. 46.99 op: „Eene materiele schenking — ook die in den vorm eener zijdelingsche bevoordeeling — zal wel steeds op de een of andere wijze hetzij uitdrukkelijk hetzij stilzwijgend kunnen worden aangenomen.”

Ik moge met hem verwijzen naar de Romeinse tekst D. 39.5.19.2: „Non potest liberalitas nolenti acquiri” ¹⁾. Deze regel was zo sterk sprekend, dat men, toen in de schenking geen overeenkomst meer werd gezien, toch acceptatie of toestemming van de begiftigde eiste: „pour lever l’obstacle porté par la règle du droit, qui veut qu’une libéralité ne soit point acquise ignoranti vel invito.” Furgole Question I. nr. 41.

In die gevallen, waarin uitdrukkelijke of stilzwijgende bekrachtiging regel is, rust de bewijslast op hem, die beweert geen schenking te hebben willen aanvaarden.

¹⁾ In de N. J. staat de tekst en verwijzing niet geheel juist.

Aldus hebben wij een resultaat verkregen, dat naar mijn mening alleszins bevredigend is ²⁾). In deze opvatting is een verwerping op zich dus nimmer een schenking, ook niet indien men aanneemt, dat door de verwerping het vermogen van de geroepen erfgenaam vermindert. Anders Cours de Cassation 8-3-1858 DP 1858.1.97. Iedere eenzijdige handeling valt dus op zich buiten het schenkingsbegrip, maar telkens is een schenking mogelijk door de overeenkomst, die eventueel tot die eenzijdige handeling verplicht of door de met schenkingsbedoeling verrichte eenzijdige handeling als schenking te bekrachtigen. Zonder meer zijn dus geen schenkingen:

het kwijtschelden van een schuld door A aan B, opdat C zijn vordering op B kan verhalen;

het kiezen van de minstwaardige praestatie bij een alternatieve verbintenis;

het afstand doen van verjaring;

en verder al hetgeen bestaat in een nalaten, zoals:

het niet opmaken van een inventaris ex 182 B.W.

het niet inroepen van de legitieme; cfr. Hof den Haag 3 Mrt. '41 N.J. 41.549, Rb. Zwolle 6-1-43 N.J. 43.770.

het laten verjaren van een vordering;

het niet stuiten van een verjaring;

het geen verzet voeren in een ongegronde rechtsaanspraak;

het niet gebruik maken van het recht de verkoop van een hofstede te vragen. Cfr. Rb. A'dam 26 Mrt. 1917 N.J. 17.554.

afstand van heerlijk jachtrecht. Cfr. Hof Arnhem 24-12-30 N.J. 31.632.

betaling van eens anders schuld. Cfr. H.R. 25-6-41. N.J. 42.189. met noot van Scholten in de hier verdedigde zin.

Thans weer terugkerende naar het erfrecht, kunnen wij ons afvragen of bij de legaten van de bedoeling geabstraheerd is. Ik zie geen reden het aan te nemen, nu de legitimaris het legaat niet hoeft te accepteren. Een legaat kan dus gemaakt worden uit milddadigheid, maar bv. ook om aan enige verbintenis te voldoen. Op een legaat als dit laatste zal niet kunnen worden ingekort. Ware het anders, op een legaat ter beloning van een executeur-testamentair in plaats van zijn wettelijk loon gegeven, zou kunnen worden ingekort, zodat de executeur minder kreeg dan zijn wettelijk loon. Cfr. Rb. Amsterdam 6 Dec. 1865 W. 2774. Cfr. art. 952, 953, 1018, 1068 B.W.

Ook een erfstelling zal onder bezwarende titel kunnen zijn.

In de hier verdedigde zin ook H.R. 30-11-1945 N.J. 46.62 toen hij overwoog:

„dat daarom de nakoming van zodanige verzorgingsverplichting — hetzij bij handeling onder de levenden, hetzij bij uiterste wils—

²⁾ Interessant is de vraag of er niet een actie uit ongegronde verrijking (condictio sine causa) bestaat, zolang de handeling niet als schenking bekrachtigd is. Cfr. Scholten N.J. 1942 p. 231. Men zal hierbij zeker niet alle gevallen over een kam mogen scheren,

beschikking — is voldoen aan een verbintenis en niet is schenking.”

In het W.P.N.R. 2702—2709—2717 is de vraag aan de orde geweest of de executeur-testamentair schenkt, wanneer hij bij de aanvaarding verklaart de executele om niet op zich te nemen. Meijers zegt terecht, dat hierin geen schenking door afstand van het recht op het loon gezien kan worden. Indien de executeur zich echter verplicht de werkzaamheden om niet te verrichten, is het een schenking van arbeid; zegt hij het vrijblijvend toe, dan is er geen vermogensverschuiving en dus geen schenking. Overigens acht ik het twijfelachtig of de executeur een benoeming als zodanig om niet kan accepteren, wanneer de erflater hem loon toekent. Men kan ook niet zeggen: ik zal de aan mijn legaat verbonden last wel uitvoeren, het legaat wens ik echter niet te aanvaarden. Een dergelijke toezegging vormt eventueel een nieuwe schenking en zal dus eventueel de notariële vorm behoeven.

Uit het bovenstaande blijkt, dat mij de volgende opmerking van Petit (Meijersbundel p. 245) eenzijdig schijnt: „de erfrechtelijke beschikking is, uit haar aard, een eenzijdige handeling, welker strekking uitsluitend wordt bepaald door den eenen wil, die zich daarin openbaart.” De mogelijkheid van verwerping van een erfstelling of de niet aanvaarding van een legaat geeft ook deze vermogensverschuiving zijn tweezijdig karakter. Formeel verschillend van de wilsovereenstemming bij overeenkomsten, zijn zij materieel gelijk, hetgeen de Franse juristen aanvoelden, toen zij schenkingen en testamentaire beschikkingen tezamen behandelden in boek III titel II C.c. De strekking van deze rechtshandeling in zijn geheel genomen wordt tweezijdig bepaald, zoals dit ook is met formulier overeenkomsten, bv. een vervoerovereenkomst met de spoorwegen.

Het verbintenissenrecht is causaal. Er wordt niet alleen gevraagd: heeft men zich verbonden, maar ook waarom heeft men zich verbonden: wat waren de bedoelingen van partijen. Ook hier is het weer niet de bedoeling van een der partijen, maar die van beiden, die een overeenkomst tot een schenking kan maken. Men kan iemand niet verantwoordelijk maken voor intenties van een ander. Deze oorzaak zal later ter sprake komen. Ik stel hier slechts, dat in het algemeen in het verbintenissenrecht niet geabstraheerd wordt van partijbedoelingen. Maar daarom is het niet overal zo. Laten wij enkele gevallen onderzoeken.

Is het verlenen van uitstel van betaling schenking?

Voorop sta, dat op grond van het eenzijdige karakter een uitstel in geen geval een schenking is, indien het niet op een afspraak berust, maar het gevolg is van het stilzitten van de schuldeiser. Zelfs als deze uit vrijgevigheid niet opeist, opdat de schuldenaar in zijn plaats de rente zal genieten, is er geen schenking. Is er echter een overeenkomst, dan schijnt er mij geen reden meer om van de bedoelingen te abstraheren: wordt het uitstel alleen verleend om kans te hebben de vordering te incasseren, dan geen schenking; is het

doel milddadigheid, dan wel schenking. Aldus ook Pomponius D 39.5. 9 pr.: *Potest enim et citra corporis donationem valere donatio, velut si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam*".

A fortiori zal het veranderen van de rentevoet schenking kunnen zijn. Aldus ook Modestinus D. 39.5.23 pr.

En de geldlening zelf? Al of niet tegen interessen?

Volgens art. 1777 is bruikleen een overeenkomst waarbij om niet in gebruik gegeven wordt. Wat betekent hier „om niet”? Zonder tegenpraestatie of uit liberale intentie? Mij schijnt het eerste. Reeds de Romeinen noemden ook een in gebruik geven uit egoïsme bruikleen. Cfr. D. 13.6.5.10: ook het in gebruik geven van juwelen door de bruidegom aan de bruid opdat zij des te feestelijker tot hem geleid zou worden of van zaken door een praetor aan zijn toneelspelers, opdat hij (de praetor) des te meer eer zou behalen door het spel, was bruikleen. Voor het wettelijk begrip bruikleen (art. 1777) is dus de liberale intentie niet van belang. De wettelijke regeling is toepasselijk, indien een zaak in gebruik gegeven wordt, zonder dat er een tegenpraestatie overeengekomen is, onverschillig dus of dit uit milddadigheid of het nastreven van zijn eigenbelang geschiedt. In zoverre is er dus van de partijbedoelingen geabstraheerd. Cfr. H.R. 12-4-18 N.J. 18.567.

Maar daarom is nog niet geheel van de partijbedoelingen geabstraheerd. Bruikleen is een overeenkomst, waarvoor onze wet zoals voor alle andere een geoorloofde oorzaak eist.

In het zo juist genoemde arrest overweegt de H.R.: „dat deze overeenkomst in allen deele voldoet aan de eischen bij art. 1777 B.W. aan het contract van bruikleen gesteld;

„dat hieruit volgt, dat het Hof op onjuiste gronden deze overeenkomst voor niet verbindend heeft gehouden daar voor een overeenkomst van bruikleen geen notarieele acte vereischt wordt, en, welke ook de beteekenis van de vierde der in art. 1356 B.W. genoemde voorwaarden moge zijn, de strekking van art. 1371 B.W. toch nooit kan zijn aan een overeenkomst, die geheel voldoet aan de in art. 1777 gestelde eischen, bindende kracht te ontzeggen omdat zij nog zou hebben te voldoen aan een buiten dat artikel gelegen eisch”.

Inderdaad, men kan nimmer zeggen, dat een bruikleen geen oorzaak heeft, zoals in deze procedure beweerd werd. Maar dit betekent niet, dat zo'n overeenkomst niet nietig zou kunnen zijn, omdat haar oorzaak ongeoorloofd is. Ik zie geen reden 1371 en 1373 B.W. in die zin niet toe te passen. Maar evenmin als van deze partijbedoelingen geabstraheerd wordt, geschiedt dit van de *animus donandi*. Hebben partijen milddadigheid bedoeld, dan is er een schenking. Aldus ook reeds het Romeinse recht. D.39.5.9 pr. Aldus ook de Franse jurisprudentie. Cfr. Cour Cass. req. 10-6-1913. S. 1914.1.366: „Attendu que les sommes avancées à un successible,

même à titre de prêt, sont sujettes à rapport, lorsque les avances ont eu lieu dans l'intérêt de ce successible; que la stipulation d'intérêts n'est pas, dans tous les cas, exclusive de l'idée de libéralité et n'imprime pas nécessairement au prêt le caractère d'acte de spéculation".

Afgezien van andere vereisten, waaronder met name verrijking en verarming (zie Hfdst. V) waaraan een schenking moet voldoen, wil zij voor inkorting vatbaar zijn, is inkorting mogelijk bij deze schenkingen. Van groot practisch belang zal dit echter niet zijn, omdat het beginsel van de inkorting (art. 968 B.W.) is: hoe zou de boedel geweest zijn, indien de schenking niet was geschied? Indien een erflater een boek heeft uitgeleend en hij heeft het voor zijn overlijden terug ontvangen, dan is er dus geen plaats voor inkorting, daar deze schenking de nalatenschap niet verandert. Zou de tijd, waarvoor het boek werd uitgeleend, bij het overlijden nog niet zijn verstreken, dan is in beginsel inkorting mogelijk.

Wij komen dan voor een vraag te staan, waarvan de beantwoording mij te ver zou voeren, n.l. deze of iedere schenking ingekort kan worden. Of zijn hiervan ondanks de wettekst uitgezonderd, de „dagelijkse schenkingen”, de schenkingen uit het inkomen of wellicht de geringe schenkingen, dit laatste in aansluiting aan de geschiedenis, die steeds soepel is geweest ten aanzien van kleine schenkingen?

De beginselen, die ik hier voor de bruiklening ontvouwde, acht ik ook toepasselijk bij de bewaargeving en bij de lastgeving. De uitdrukkingen „om niet” in de artikelen 1733 en 1831 B.W. betekenen „zonder dat een tegenpraestatie is overeen gekomen”. Hier heeft de vraag echter geen andere dan bewijsrechtelijke betekenis, daar bewaargeving en lastgeving ook onder bezwarende titel kunnen zijn.

Verder wil ik hier aan de orde stellen of het zonder tegenpraestatie verrichten van arbeid schenking is. Wij zullen moeten onderscheiden. De candidaat-notaris, die volontairt, doet ongetwijfeld geen schenking, daar zijn bedoeling niet is de notaris te bevoorstellen, maar om practische ervaring op te doen en zijn stage te halen. Wanneer echter een notaris voor een liefdadige instelling een acte opmaakt zonder honorarium in rekening te brengen, dan is dit wel een schenking. Die instelling geniet krachtens de milddadigheid van de notaris diens arbeidsvermogen.

In beginsel is ook hier dus weer inkorting mogelijk. Vergelijk echter het bovengezegde over de beperkingen van de inkortingsactie.

Een notariële acte zal niet nodig zijn, aangezien arbeidsvermogen niet valt onder „eenig goed” van 1703 B.W.

In de Franse rechtspraak zijn acties uit ongegronde vermogensvermeerdering gegeven, daar waar onverplicht diensten werden be-

wezen. Zie Bregstein § 12. Dit schijnt mij juist. Zouden echter deze diensten verleend zijn uit liberaliteit, dan zou deze actie moeten mislukken. De notaris kan tegen de instelling niet met succes uit ongegronde vermogensvermeerdering ageren.

Dit wordt nog bevestigd door het Duitse recht. Dit is voor het verbintenissenrecht in beginsel causaal, maar het B.G.B. kent vele uitzonderingen. Maar ook indien wij met zo'n uitzondering te maken hebben, blijft dat recht in wezen causaal. Men kan dan immers een beroep doen op de actie uit ongegronde vermogensvermeerdering. § 812 B.G.B. Deze actie wordt echter ontzegd, indien er schenkings bedoeling was. Cfr. § 516 B.G.B. „Die Einigung (darüber, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolge) schaffte den Rechtsgrund, der die durch die Zuwendung bewirkte Bereicherung schuldrechtlich rechtfertigt." Aldus Reichsgericht 25-6-1925 R.G.E. 111.151.

Met de arbeidsovereenkomst betraden wij het gebied van de verbintenissen om te doen. Hierover en over die om te dulden en om niet te doen nog een enkel woord.

Met het doel om B te bevoordelen door zijn bouwland in waarde te doen vermeerderen, breekt A zijn in de nabijheid gelegen fabriek, die schadelijke dampen verspreidt, af. Van schenking kan geen sprake zijn; vooreerst is er geen vermogensverschuiving, omdat A zijn fabriek al naar zijn lust weer kan opbouwen, zodat het blijvende karakter, nodig voor de vermogensverschuiving ontbreekt; bovendien is het een eenzijdige handeling, zodat de milddadigheid niet ter zake doet.

Komen A en B echter overeen, dat A uit milddadigheid die fabriek zal afbreken en niet meer opbouwen, dan zijn beide bezwaren vervallen en is er van schenking sprake.

Zo is het ook bij het dulden. Laat A B over zijn land lopen zonder overeenkomst dan is er geen schenking om de genoemde redenen. Is er een overeenkomst dan wel schenking. B krijgt hier het genot van het land van A. Men kan de erfdienstbaarheid van weg schenken; er is geen reden voor een persoonlijk recht van weg anders te beslissen.

Dit geldt ook voor het niet-doen b.v. voor het persoonlijk recht van B jegens A, dat deze niet op zijn eigen land zal bouwen, maar ook b.v. voor het recht van B jegens A, dat deze hem geen concurrentie zal gaan aandoen.

Thans nog de kwijtschelding. Het feit, dat zij een schenking kan zijn, staat vast. Algemeen wordt het aanvaard. Wanneer iemand zijn schuldenaar de schuld kwijtscheldt uit vrijgevigheid, spreekt iedereen over een (materiële) schenking. Herinneren wij ons hetgeen boven werd aangetoond, nl. dat een schenking alleen bij tweezijdige handelingen kan geschieden, dan is zo dus tevens bewezen, dat een kwijtschelding — althans indien zij een schenking inhoudt — tweezijdig moet zijn. De argumenten voor het eenzijdige

•

karakter zijn overigens zeer zwak. Van Brakel § 175, beroept er zich op, dat de wet erkent dat eenzijdige afstand van rechten mogelijk is. Inderdaad, maar van zakelijke rechten. Hieraan ligt echter het idee van de principiële volheid van de eigendom ten grondslag. (art. 627 B.W.) Zakelijke rechten dragen wetssystematisch de kiem van het verderf in zich. Zo niet de andere vermogensbestanddelen. Het vermogen is niet in beginsel vrij van schulden.

Ook de betaling kan niet eenzijdig geschieden, maar moet wel degelijk door de schuldeiser worden aangenomen. Dit bewijst het instituut van de consignatie. Art. 1417 B.W. noemt uitdrukkelijk betaling en consignatie naast elkaar. De artt. 1432, 1434 en 1435 B.W. passen evenmin in de eenzijdige betalingsleer.

De tekst der artt. 1476 en 1478 B.W.: „De kwijtschelding eener schuld of het ontslag bij overeenkomst” zegt niets in dit verband. De tegenstelling komt uit het Franse recht. Dit onderscheidt: „la remise ou décharge conventionnelle”, eenzelfde tegenstelling als ook de Franse tekst van 1830 maakt: „la remise de la dette ou la décharge conventionnelle”. In beide teksten slaat „conventionnelle” alleen op décharge. De tegenstelling komt uit Pothier, *Traité des Obligations* nr. 616 v.

Pothier onderscheidt de remise reële en de décharge personnelle. De eerste is een kwijtschelding in de vorm van een kwitantie. Men stelt zich op het standpunt, dat de schuld voldaan is en niet, dat zij niet voldaan behoeft te worden. Hoofdelijke medeschuldenaren en borgen zijn mede bevrijd. De tweede is een kwijtschelding zuiver door overeenkomst. De hoofdelijke medeschuldenaren en borgen zijn niet bevrijd. Dit verschil heeft men willen opheffen, zoals duidelijk blijkt uit de tekst van art. 1287 die luidt: „la remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions”, terwijl Pothier schrijft (nr. 617): „la décharge accordée au débiteur principal emporte celle de ses cautions.” Laat men „la remise ou” weg dan is de overeenstemming sprekend. In de code past het spreken over de remise geheel in het systeem, daar de code in de artikelen 1282—1284 over de vrijwillige teruggave van de titel of de grosse ervan spreekt. In 1285 en 1287 betekent „remise” teruggave en niet kwijtschelding. Waarom heeft onze wetgever hierin gewijzigd? Dat hij het deed is zeker. „Remise” in de Franse tekst van 1830 betekent niet meer teruggave maar kwijtschelding. Niets blijkt omtrent dit „waarom” hetgeen onmiddellijk reeds onwaarschijnlijk maakt, dat onze wetgever in tegenstelling tot de code en Pothier (nr. 614) de kwijtschelding eenzijdig mogelijk heeft willen maken. Misschien heeft de wetgever „ontslag bij overeenkomst” bedoeld als tegenstelling tot ontslag bij faillissementsaccord. Dat de wetgever aan dit laatste gedacht heeft is zeker, daar art. 3139 ontwerp 1820 hier over spreekt. Aan de woorden van onze wet kunnen in geen geval conclusies verbonden worden.

De betaling zelf als rechtshandeling schijnt mij in zeker opzicht

abstract. Uiteraard niet geheel. Zou de wetgever geheel van de strekking geabstraheerd hebben, dan kon een „betaling” nooit betaling zijn, aangezien de band tussen betaling en schuld gelegd wordt en niet anders gelegd kan worden dan door de *causa finalis*. Wel echter is in ander opzicht van de strekking geabstraheerd. Indien er nl. een betaling is van een overeenkomst, die nietig is, omdat haar oorzaak in strijd is met de goede zeden, dan is de strekking van die betaling, t.w. de nakoming van een onzedelijke „verbintenis” ook onzedelijk. Hiervan abstraheert ons recht echter. Algemeen immers beschouwt onze jurisprudentie een dergelijke betaling niet als nietig, maar als onverschuldigd. Het is niet de zakelijke, maar de obligatoire overeenkomst die nietig is. In een ander stelsel ware art. 47 Fw. 2e gedeelte overbodig.

Wij hebben thans summier het rechtsgebied doorwandeld met een subiect, dat milddadigheid wilde betonen. Wij hebben gezien dat deze bedoeling op grote gebieden van het recht van geen belang was n.l. op het gebied van het familierecht en op het gebied van de eenzijdige handelingen. Moge daarmee al niet vaststaan, dat de milddadigheidsbedoelingen uitsluitend bij de vermogensverschuivingen een rol speelt, wel is aangetoond dat dat veruit het belangrijkste gebied is, zodat de afzonderlijke behandeling daarvan in het voorgaande gerechtvaardigd is.

Uitgangspunt van dit hoofdstuk was de bij een subiect onderstelde milddadigheidsbedoeling. Is dit in theorie zeer eenvoudig te doen, in de praktijk baart het grote moeilijkheden. Het is er verre van, dat wij de menselijke handelingen eenvoudigweg in 2 groepen zouden kunnen indelen: de ene, waarin de mens „om niet”, de andere waarin hij „om baat” handelde — deze beide begrippen voorlopig — in aansluiting aan het vorige — in subiectieve zin genomen. Het is veeleer zo, dat de partijbedoelingen uiterst geleidelijk overgaan van het „do ut des” beginsel naar een Franciscaanse liefdadigheid. Enkele zeer vaag afgegrensde groepen vallen daarbij op:

a) beide partijen zijn er op uit bij de transactie te winnen, althans minstens er niet op achteruit te gaan. Dit kan zich op velerlei manieren voordoen.

Bij de zakelijke overeenkomsten b.v. door een overdracht *solvendi causa*, *credendi causa* of ook — als ik het zo noemen mag — *se ipsum adiuvandi causa*, waarmee ik bedoel een overdracht met egoïstische bedoelingen, zoals b.v. de afstand van de strookjes grond voor wegeaanleg. Bij de obligatoire overeenkomsten o.a. de wederkerige overeenkomsten.

b) partijen willen ruilen maar een van hen hecht weinig of niet aan de gelijkwaardigheid der tegenpraestatie. B.v. Verkoop tegen „schappelijke prijs”.

c) een der partijen wil de andere bevoordelen, maar niet zonder

zelf ook enig genot te hebben. B.v. schenking onder een geringe last ten behoeve van zichzelf.

d) een der partijen heeft geen andere bedoelingen dan om de andere milddadigheid te bewijzen. Dit is de zuivere schenking.

Wellicht ten overvloede nog een illustratie:

A deed een schenking aan B. Later doet B, omdat hij die schenking ontving, welke bedoeling A kent en door beide partijen tot contractsinhoud is gemaakt, een tegen,,schenking" aan A. Is deze tegen,,schenking" een schenking? Is er animus donandi of een minder altruïstische bedoeling? Bv. dat B spijt heeft een geschenk van A ontvangen te hebben en dit daarom wil teruggeven? Of bv. wanneer ex-verloofden elkaar hun cadeaux teruggeven? In deze laatste gevallen zou ik geen schenking willen zien bij gebrek aan een animus donandi.

Ook wil ik nog eens opmerken, dat alleen van belang zijn die bedoelingen, die niet alleen gekend zijn of moesten zijn, maar die bovendien door partijen tot contractsinhoud zijn gemaakt. Of dit laatste het geval is, is een feitelijke kwestie, die dikwijls moeilijk zal zijn uit te maken.

De hier verdedigde geleidelijkheid is door Schreiber p. 184 bestreden als volgt:

„Genau so wenig, wie ich eine Fläche „dunkelgrau" nenne, wenn ich sie zu $\frac{1}{10}$ weiss und zu $\frac{9}{10}$ schwarz angestrichen habe, oder wie ich Oel verdünne, wenn ich Wasser darauf giesse, genau so wenig ändert sich der Tathestand der Unentgeltlichkeit dadurch, dass ich mir einen Wertteil des sonst unentgeltlich gegebenen Gegenstandes bezahlen lasse."

Inderdaad, wanneer ik de helft van een huis schenk en de andere helft verkoop, is er een schenking en een verkoop. Maar zo'n analytische bedoeling is zelden werkelijkheid. Wanneer iemand een huis voor een te lage prijs met milddadigheidsbedoeling verkoopt, kan zijn bedoeling vrijwel nimmer aldus uit elkaar gerafeld worden: de bedoeling is één en zweeft ergens tussen die van koop en schenking.

Het hier opgemerkte schijnt mij van het grootste practische belang. Het betekent immers, dat wij in de gevallen, waarin de wetgever gevolgen verbindt aan de omnietheid ener handeling, ons niet alleen moeten afvragen of ter plaats „om niet" obiectief of subiectief genomen moet worden, maar ook — bij de subjectieve omnietheid — welk gedeelte van de scala der partijbedoelingen de wetgever ter plaatse nog als om niet heeft willen betitelen, hetgeen van geval tot geval kan verschillen, zodat het begrip schenkingen bij de vraag naar de formaliteiten een andere inhoud kan hebben, dan bij de inkorting of inbreng of pauliana. Ook de vraag, hoe lang wij nog met een koopovereenkomst te doen hebben, bij koop en verkoop tegen te lage prijzen, hangt af van de positief-rechtelijke vraag bij welke mate van altruïstische bedoeling de wetgever nog

aan een koopovereenkomst gedacht heeft. In het vijfde hoofdstuk zal ik deze kwestie uitvoeriger bespreken.

Thans nog enkele opmerkingen over het objectieve begrip „om niet”. Hieronder is te verstaan de eenzijdigheid van verbintenis of vermogensverschuiving zonder tegenpraestatie in juridische zin. Er wordt niet gelet op de bedoelingen der contractanten; het blote feit van de afwezigheid van een tegenpraestatie beslist hier over het karakter der omnietheid.

Deze objectieve leer heeft men lang als de enig juiste of zelfs enig mogelijke beschouwd, maar men kwam daarmee in moeilijkheden. Hoe bv. bij de schenking onder een last? Daar is toch een tegenpraestatie, althans indien de schenker de lastbevoordeelde is? En bewaargeving of bruikleen? Zijn dit handelingen om niet? Maar zijn dan niet de schenkingsregels toepasselijk?

Inderdaad, de objectieve leer was niet overal toe te passen. Zeker niet in deze meest rigoureuze vorm. Maar ook in zijn latere gedaanten niet. Als baat — zo leerde men later — kon ieder voorwaardelijk of oorzakelijk genot dienen, ja zelfs een zuiver buiten het juridische staand, psychologisch verband werd soms als baat beschouwd. Ik wil al deze theoriën niet bespreken. Ik wijs slechts nog eens op het tot brekens toe uitgerekte begrip „tegenpraestatie” in de Duitse jurisprudentie. Het objectieve begrip „om niet” is voor mijn studie van weinig belang. Ik verwijs hiervoor naar het artikel van Oertmann. Men zou daar ook uit kunnen distilleren, dat het woord „verplichting” uit het derde lid van artikel 1350 wat al te gemakkelijk als „verbintenis” gelezen wordt, waardoor dat lid dan ziet op de wederkerige overeenkomst. Het vraagt wel degelijk een nader onderzoek wat „tegenpraestatie” of „tegenverplichting” betekent, al heeft dat onderzoek voor ons recht betrekkelijk weinig practisch belang. Uit dat artikel kan men ook zien, hoe men zijns ondanks toch herhaaldelijk subiectief wordt, ook wanneer men obiectief wil blijven, waaruit volgt dat ieder obiectief systeem uiteindelijk faalt. Immers de theorie van Oertmann is in wezen een: „non possumus”, alles hangt voor hem van het geval af (p. 50). Louter casuïstiek is geen theorie.

Maar dat alles neemt niet weg, dat het objectieve begrip „om niet” voor ons recht wel degelijk belang heeft. Zie bv. de artt. 1733, 1777, 1831 B.W. waarover ik boven sprak. De uitdrukking „om niet” wordt verder ook nog in obiectieve zin gebruikt in art. 1769 B.W. ³⁾

De onjuistheid van de obiectieve theoriën is niet de obiectiviteit,

³⁾ In de genoemde artikelen is de omnietheid een voorwerp van de wilsovereenstemming van partijen en in zoverre subiectief. Dit subiectieve element heeft echter geen betekenis en kan dus bij dit begrip „om niet” geëlimineerd worden. Dit is wenselijk om handelingen om niet buiten de overeenkomst er mede onder te betrekken. Een differentiatie zou de zaak nodeloos en nutteloos moeilijker maken.

maar de veralgemening ⁴⁾). Altijd wanneer de omnietheid een rol speelde, onderzocht men dat vereiste objectief, ook bv. bij de schenking. En hoe vatte men dan de schenking onder een last op? Deze was alleen om niet, indien de last uit het geschonkene voldaan kon worden. Zie b.v. Oertmann p. 51. Een historisch nooit gemaakte, maar ook praktisch niet door te voeren beperking. Men kan nu wel het geschonkene ook als waardeobject beschouwen en dus iedere last om geld uit te betalen opvatten als uit het geschonkene komend, maar iedere nadere afgrenzing loopt dan vast.

Naast het objectieve begrip „om niet” staat het subjectieve. Het bleek boven reeds. Wij hebben immers gezien, dat de schenking een animus donandi eist en dat het dus de partijbedoeling is, die iets tot schenking maakt. Verder moge ik dit nog met enkele voorbeelden aantonen.

Ik denk vooreerst aan de ontwikkeling, die zovele schenkingen in de loop van de geschiedenis genomen hebben. Ik bedoel dit: ter gelegenheid van een of andere gebeurtenis werd een schenking gedaan; geleidelijk werd dit gebruikelijk; tenslotte recht.

Zo was het bij de beklemming, waar de tegenwoordige verplichte gaven nog steeds „schenkingen” heten. Cfr. Gratama, Het Beklemrecht p. 218 v.

Zo was het ook b.v. in het servitium commune in het kerkelijk recht: werd een Bisschop door de Paus bevestigd of benoemd, dan werd aanvankelijk een geschenk gegeven. Na tot gebruik geworden te zijn, werd sedert de 13e eeuw deze gave plicht.

Zo was het ook bij aan kelners gegeven fooien.

Is het niet onaannemelijk, dat op een gegeven moment de schenking omsprong tot overeenkomst onder bezwarende titel? Ligt een continue overgang niet meer voor de hand?

En wordt niet het extratje meer gewaardeerd dan het gebruikelijke verjaardagscadeau? Beiden zijn schenking, maar toch ligt het verjaardagscadeau een nuance meer van de zuivere liberaliteit verwijderd.

Een aardig geval ontleen ik aan Josserand p. 328:

Wanneer een schuldeiser 90 % van zijn vordering animo donandi kwijtscheldt of bij een faillissementsaccord van 90 % afstand doet, maakt voor de objectieve theorie geen verschil. In geen van beide gevallen is er een tegenpraestatie, immers ook de waarschijnlijke verhoging der uitkering in het faillissement is niets anders dan vol-doening van een oude schuld. Toch zal men in het eerste geval spreken over „om niet” in het tweede over „om baat”, zoals Eggens kernachtig uitdrukt.

⁴⁾ Een derde theorie zoekt het criterium in de voorgeschreven of gebruikte vormen. Terecht zegt Josserand p. 365 v.: „Le critère formel doit donc être écarté sans hésitation.” Ik verwijs verder naar zijn werk. De theorie heeft te weinig aantrekkelijks om haar te bespreken.

HOOFDSTUK IV.

Milddadigheid en Verbintenjs.

Wat het beroemde vraagstuk van de oorzaak bij de overeenkomst aangaat, stel ik mij op het volgende standpunt.

Een overigens aan alle eisen van wilsovereenstemming, bekwaamheid en onderwerp voldoende overeenkomst behoeft een zedelijk maatschappelijk fundament om haar subiecten te binden. Indien wij nagaan of deze overeenkomst dat fundament bezit, dan moeten wij, behalve de overeenkomst zelf, al die omstandigheden in oogen-schouw nemen, die bij haar behoren. Welke omstandigheden bij de overeenkomst behoren wordt bepaald door de obiectieve strekking van de handeling. Deze strekking noemen wij oorzaak.

Het is het standpunt van van der Heijden. Ik deel het hier slechts mede om misverstand te voorkomen en acht mij daarom van uitdrukkelijke motivering ontslagen. Gedeeltelijk ligt die motivering in de opzet van dit werk, zoals nader zal blijken.

Wij hebben gezien, dat het persoonlijke karakter van het vermogen meebrengt, dat iedere verschuiving verantwoording vraagt en dat als verantwoording niet voldoende was de wil van de betrokkenen, maar alleen hun redelijke wil, als hoedanig onder meer gold een wil voortkomende uit milddadigheid van een der betrokkenen jegens de andere, en door deze als zodanig geaccepteerd.

Vraagt de overeenkomst om eigendom te doen overgaan verantwoording, dan geldt dit ook voor de overeenkomst om eigendom te zullen doen overgaan. Wordt bij de eerste het maatschappelijk en zedelijk belang nog enigszins beschermd door het gemis van de zaak, dat de vervreemder onmiddellijk zal voelen, deze bescherming ontbreekt bij de obligatoire overeenkomst. Zakelijke en obligatoire overeenkomst beiden behoeven een causa. Het door de oorzaak samengebundelde feitencomplex van de verschuiving of de binding daartoe, wordt getoetst aan de normen van maatschappelijke redelijkheid en zedelijkheid. Is het hiermee in strijd, dan is er geen verschuiving of binding daartoe.

Deze zedelijkheid thans voorlopig terzijde latende, kunnen wij vaststellen dat gebleken is, dat velerlei omstandigheden tot causa voor de verschuiving kunnen dienen. Er was een hele scala beginnend bij zuiver egoïsme ¹⁾ (het nagestreefd eigenbelang) en eindigend bij zuivere liefdadigheid (de milddadigheid). Een scala: dus

¹⁾ Hier is uiteraard geen sprake van een onzedelijk egoïsme.

geen breuk, maar een van nuance tot nuance in elkaar overvloeien.

Kan dit alles als causa dienen, indien vermogensverschuiving en wil daartoe samen vallen, dan kan het dat ook, indien er een schakel tussengelegd wordt, die van de obligatoire overeenkomst. Het beginsel, dat een obligatoire overeenkomst bindt, brengt mede, dat het als rechtvaardiging voor een vermogensverschuiving voldoende is te wijzen op een daarbij bestaande wil tot voldoening aan die juridische en ethische plicht. Het brengt echter niet mede, dat het vragen naar de redelijkheid en de zedelijkheid van de wil tot eigendomsoverdracht achterwege gelaten kan of behoort te worden. Een onzedelijke of onredelijke wil heeft immers geen effect. Dit alles samengevat betekent, dat de vraag naar de redelijkheid en de zedelijkheid verschoven wordt van de zakelijke naar de obligatoire overeenkomst, hetgeen op zijn beurt weer betekent, dat hetgeen een voldoende causa is voor de zakelijke overeenkomst er ook een is voor de obligatoire.

Dit alles leidt tot het belangrijke resultaat, dat er geen principiële tegenstelling is tussen de causa van een zakelijke of obligatoire overeenkomst om baat en die van een om niet, zodat wij niet te maken hebben met een typische schenkingscausa-leer ²⁾. De schenking heeft evenzeer een causa als de koop. Bij beiden is de causa in wezen niet verschillend. De opmerking van Domat, dat bij de schenking het motief in de plaats van de causa treedt is derhalve minstens misleidend.

Een belangrijk arrest over de schenkingsoorzaak wees de H.R. op 18 Jan. '46 N.J. 46.99. Hij overwoog:

„dat aan deze bepaling (i.e. 1725, 3° B.W.) ten grondslag ligt de gedachte, dat *de in vrijgevigheid gelegen rechtsgrond voor de verrijking* van den begiftigde ten koste van den schenker onder de daar genoemde omstandigheden deze verrijking niet voldoende meer rechtvaardigt;

„dat daarom de behoeftig geworden schenker, jegens wien de begiftigde door weigering van onderhoud te kort schiet, in staat wordt gesteld dezen *rechtsgrond, waarop de bevoordeeling van den begiftigde steunt*, ondanks instemming daarmede door den begiftigde, eenzijdig door herroeping te doen vervallen, met het gevolg dat terugvordering kan plaats vinden van de waarden die uit het vermogen van den schenker in dat van den begiftigde zijn overgegaan;

„dat met het oog op deze strekking der bepaling geenerlei verschil valt te maken tusschen een bevoordeeling ingevolge een schenking als bedoeld in art. 1703 en elke andere gewilde vermogensbevoordeeling, welke in vrijgevigheid *haar oorzaak* vindt.”

Volkomen terecht zegt de H.R. dat de vrijgevigheid (duidelijker: milddadigheid) de rechtsgrond, de oorzaak is van een bevoordeling van (juister: vermogensverschuiving naar) de begiftigde. Volkomen terecht maakt de H.R. geen verschil tussen de causa van een schen-

²⁾ Cfr. G. Scholten p. 107 v.

kingsovereenkomst en de causa van iedere andere schenking cfr. 8-4-27 N.J. 27.1202 had de H.R. nog alleen gesproken over de oorzaak van de schenkingsovereenkomst en op 17-12-36 N.J. 37.650 alleen over de schenking van hand tot hand.

Dit arrest is ook nog van belang, omdat de H.R. voor de schenking een uitzondering aanneemt op zijn vaste jurisprudentie, dat de oorzaak alleen bij het ontstaan van de overeenkomst een rol speelt. Of moeten wij hierin een omzwaai zien?

Thans de zedelijkheid aan de orde stellende constateren wij, dat iedere schenking, zelfs die in zijn zuiverste vorm een oorzaak kan hebben in strijd met de dienaangaande te stellen regels. Bv. iemand schenkt aan een gevangene een vijl om uit te breken.

Ik nam hier nog steeds oorzaak in zijn technische zin en zal dat blijven doen, mij daarbij dus distancierende van de Franse causa bij de schenkingen, die als een ware „slokop” allerlei andere instituten omvat, als dwaling, wanprestatie etc.

Alvorens ter illustratie de remuneratoire schenking te behandelen, wil ik de conclusie uit het voorgaande ten aanzien van de natuurlijke verbintenis trekken.

De verhouding natuurlijke verbintenis-schenking is een beroemd probleem. Men heeft gezocht naar de grens tusschen beiden en gemeend het dilemma te kunnen stellen: natuurlijke verbintenis of schenking. Ten onrechte, naar het mij schijnt. Laten wij weer dicht bij de feiten gaan staan. Wij zien weer een bestanddeel uit het vermogen van A verschuiven in dat van B en vragen opnieuw: hoe is deze verschuiving gerechtvaardigd? Wij zien bovendien een zeker feit x in het verleden, dat B een dusdanige morele aanspraak geeft jegens A, dat er tussen A en B een natuurlijke verbintenis bestaat.

Er zijn vele mogelijkheden. Vooreerst kan die natuurlijke verbintenis geheel buiten het complex van de vermogensverschuiving liggen. Bv. indien A of B de natuurlijke verbintenis of zelfs het feit x niet kennen. A en B zullen dan als causa van de verschuiving wijzen op milddadigheid, die A jegens B heeft willen betonen. Het motief van A om deze milddadigheid te tonen kan van alles geweest zijn, b.v. zijn huwelijksdag, een goede handelstransactie en ook — indien hij het kende — het feit x. Niemand zal hier een schenking willen ontkennen, dunkt mij. Maar dan staat vast, dat het al of niet bestaan van een natuurlijke verbintenis niet beslist of er in een bepaald geval al of niet een schenking is. Ook indien A en B beide de natuurlijke verbintenis kenden, hoeft een schenking niet uitgesloten te zijn. Zoals men bij een civiele schuld het verschuldigde voorwerp kan schenken, zo kan men dat bij een natuurlijke schuld evenzeer. Waarom niet? Ook de H.R. heeft in een overigens niet zeer helder arrest van 24-6-1887 W. 5448 erkend, dat het bestaan van een zedelijke plicht op zich niet beslissend is voor de al of niet aanwezigheid van een animus donandi. Geeft A uit milddadigheid en accepteert B als zodanig dan is er schenking en speelt de natuurlijke verbintenis generlei rol. Geeft A echter ter voldoe-

ning aan een natuurlijke verbintenis en aanvaardt B als zodanig, dan is er een betaling, zodat wij op grond van art. 1395 l. 1 B.W. moeten nagaan of er een schuld bestaat, waarbij het 2° lid ons leert, dat een natuurlijke schuld een voldoende schuld is.

Het is er dus verre van, dat schenking en natuurlijke verbintenis aan elkaar grenzen; zij liggen op een ander plan; de schenking is een door de intentie van partijen gequalificeerde handeling; de natuurlijke verbintenis is een geheel objectieve betrekking tussen rechtssubjecten; de eerste is subiectief, de tweede objectief. Alleen de strekking van de handeling kan een correlatie scheppen tussen vermogensverschuiving en natuurlijke verbintenis. Maar — kan men vragen — als er zo'n objectieve natuurlijke plicht bestaat, is de mens dan wel vrij in zijn bedoelingen? Metamorfoseert het recht in casu niet de schenkingsbedoeling in een betalingsbedoeling. Ik antwoord: vooreerst zou dat rechtstheoretisch geen verschil maken; maar vervolgens: waarop berust deze metamorfose? Men kan niet ontkennen, dat ik aan X duizend gulden kan schenken, ook wanneer ik hem dat bedrag civielrechtelijk schuldig ben. Waarom zou dat bij de natuurlijke verbintenis anders moeten zijn?

Hoezeer ook iemands dienstpraestaties tot dankbaarheid verplichten en uit dien hoofde een natuurlijke verbintenis bestaat, de werkgever is niet verplicht pensioen te geven. Indien hij niet voldoende sociaal gevoel heeft — hetgeen toch voor het bestaan der natuurlijke verbintenis van geen belang is — of om een andere reden wil schenken en niet betalen, dan zie ik niet in, waarom daarin toch de voldoening aan een natuurlijke verbintenis gezien moet worden. In ieder geval geeft onze wet geenszins een basis aan deze metamorfoseleer.

De moeilijkheden zijn wel ontstaan, omdat zowel hij de voldoening aan een natuurlijke verbintenis als bij de schenking gehandeld wordt: „*nullo iure cogente*”. Men vergat de dubbele betekenis van „*ius*”: enkel positief recht bij de natuurlijke verbintenis; mede natuurrecht bij de schenking.

De natuurlijke verbintenis speelt dus materieelrechtelijk eerst een rol, indien de bedoeling was te betalen. Zij vormt dan het ethisch-maatschappelijk fundament van de vermogensverschuiving³⁾. Bewijsrechtelijk is zij echter reeds onmiddellijk in actie. Blijkt een natuurlijk verbintenis te bestaan dan is het meest normale dat gegeven werd ter voldoening aan die verbintenis, zoals het ook bij de civiele verbintenis is. Iedere betaling veronderstelt schuld; maar omgekeerd ook: iedere schuld veronderstelt betaling. Hij, die beweert, dat er geschonken werd ondanks het bestaan van de natuurlijke verbintenis, heeft de bewijslast. D. 50.17.82: *Donari videtur, quod nullo iure cogento conceditur*. „*Ius*” betekent hier (mede) natuurrecht.

³⁾ Het is dus principieel onjuist om naar de causa van de natuurlijke verbintenissen te vragen, voor zover deze voortvloeien uit moraal of fatsoen.

Ook hier maakt het geen verschil of de verschuiving onmiddellijk geschiedt of via een verbintenis daartoe. Zeg ik toe geld te zullen geven uit milddadigheid, dan is de overeenkomst een schenking; zeg ik toe geld te zullen geven ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis, dan is er een ander soort overeenkomst, waarvan men zich zelfs zou kunnen afvragen of zij wel een obligatoire is.

Het hier verdedigde standpunt is door de Hoge Raad onomwonden aanvaard in zijn arrest van 27 April 1899 W. 7272. Mulder, die in vroeger jaren in dienst was geweest bij de overleden vrouw van de Leve stelde, dat zij voor haar diensten, die vooral ten opzichte van het met de Leve gesloten huwelijk in hoge mate gewichtig waren geweest, door mevr. Unike (de overleden vrouw van de Leve) is beloond geworden met een levenslang weekgeld van f 5,—. Of de Leve deze diensten minder waardeerde dan zijn echtgenote, vertelt het verhaal niet, maar wel, dat de Leve na de dood van Unike niet meer betaalde. Feitelijk had de rechtbank vastgesteld, „dat niet voldoende blijkt, dat het weekgeld zou zijn toegekend met het doel om te schenken, *animo donandi*.”

De Hoge Raad overwoog:

„dat tegenover deze feitelijke beslissing ook het middel van *casatie* niet kan opgaan, daar, al kan het toekennen van een levenslang weekgeld aan een dienstbode tot beloning voor bewezen diensten het karakter hebben van een schenking, dit van den aard der bewezen diensten, de bedoeling van de partijen en de omstandigheden afhangt, en, waar de rechter heeft beslist, dat van het doel om te schenken niet is gebleken, hieruit volgt, dat in deze de voor schenkingen voorgeschreven notarieele vorm niet vereischt werd, zoodat de bij het middel aangehaalde betrekkelijke wetsartikelen (1349, 1350, 1585, 1637, 1703, 1719, 1720, 1812, 1902, 1932, 1977, 1978 en 1959 B.W.) niet kunnen zijn geschonden;

„dat nu wel bij het slot van het middel nog wordt aangevoerd dat in deze van een verplichting rechtens tot betaling niet was gebleken, doch dat blijkens de bestreden vonnissen de tegenwoordige eischer niet heeft beweerd, dat de door wijlen zijne echtgenote aangegane overeenkomst, waarvan de nakoming van hem wordt gevorderd, is geweest zonder oorzaak, en dan ook de hierop betrekkelijke wetsbepalingen niet in het middel zijn aangehaald, en ten onrechte over omkeering van den bewijslast is gebleken (?)”.

Of wij te doen hebben met een schenking hangt dus volgens de H.R. af van: „den aard der bewezen diensten, de bedoeling van de partijen en de omstandigheden”. Toch houd ik vol, dat de H.R. zich onomwonden op het door mij verdedigde standpunt stelt, ofschoon hij op 3 punten wijst en wel om de volgende redenen:

a) onmiddellijk achter het aangehaalde tekstgedeelte zegt de H.R. dat: „waar de rechter heeft beslist, dat van het doel om te schenken niet is gebleken, hieruit volgt, dat in deze de voor schenkingen voorgeschreven notarieele vorm niet vereischt werd”. Hier

legt de H.R. dus als enig criterium aan de bedoeling van partijen.

b) het arrest is gewezen in overeenstemming met de conclusie van de P.G. Polis, die over aard der diensten of omstandigheden niet sprak, maar uitdrukkelijk de zaak beslist achtte door de afwezigheid van de animus donandi.

c) de aard der bewezen diensten komt hoogstwaarschijnlijk van von Savigny. Deze had in die tijd veel invloed op onze jurisprudentie en werd door de P.-G. uitdrukkelijk erbij gehaald. Von Savigny (System uitg. Berlijn 1841) IV p. 94 v. onderscheidt de bewezen diensten naar hun aard in diensten „wofür gewöhnlich ein Geldlohn entrichtet wird” en andere. Voor de eerste nu huldigt von Savigny uitdrukkelijk de hier verdedigde leer. En voor de laatste? Het blijkt, dat deze laatste groep alleen bestaat uit de beloning voor de redding van het leven! Ten aanzien van dit geval zegt von Savigny, dat het nimmer een schenking is en beroept zich daarvoor op D. 39.5.34.1. Hij haast zich echter eraan toe te voegen: „Auf der andern Seite aber ist der Fall der Lebensrettung so eigenthümlich, dasz jede Ausdehnung unsrer Stelle auf andere Fälle der Dankbarkeit ganz unzulässig ist.”

Wij mogen dus concluderen, dat voor de H.R. het criterium lag in de animus donandi. Blijkt de bedoeling betaling te zijn, dan moet er een oorzaak zijn, als hoedanig — dit voeg ik eraan toe — kan dienen, een natuurlijke verbintenis.

Deze opvatting is de H.R. steeds trouw gebleven. Het blijkt o.a. uit het bekende arrest van 1926 over de natuurlijke verbintenis N.J. 26.777.

De Hoge Raad overweegt:

„dat het Hof aanneemt, dat K.... vrijwillig heeft willen voldoen aan een natuurlijke verbintenis jegens die gemeente, waarbij er derhalve kennelijk van wordt uitgegaan dat.... K. de f 35.000 niet afstond bij wijze van schenking van hand tot hand” en iets verder:

„dat dan echter het Hof terecht heeft geoordeeld, dat art. 1395 l. 2 B.W. zich verzet tegen den door K. ingestelden eisch tot terug-gave.”

H.R. 4-5-32 N.J. 33.383: „wanneer iemand ter voldoening aan eene natuurlijke verbintenis een zeker bedrag uitkeert, (doet) hij geen schenking.” De overweging luidt niet: „wanneer iemand, die door een natuurlijke verbintenis gehouden is een zeker bedrag uit te keeren, dit bedrag uitkeert doet hij geen schenking.” Het arrest is subiectief. Hoe kan trouwens anders een band gelegd worden tussen betaling en verbintenis dan door de causa finalis? H.R. 18-2-38 N.J. 38.323: „dat toch het voldoen aan een natuurlijke verbintenis, dus het voldoen aan eene, zij het niet in rechte afdwingbare verplichting, niet is eene schenking, maar dan de schriftelijke belofte om de natuurlijke verbintenis na te komen.... zeker geen schenking kan wezen.”

Cfr. ook H.R. 17-12-36 N.J. 37.650, waarin de H.R. de vrijgevigheid afwezig achtte, omdat de schenker gaf tot afdoening van een vermeende civiele schuld. Het laatste arrest van den H.R. in deze materie, dat van 30-11-45 N.J. 46.62, stelt zich eveneens op dit standpunt zij het minder duidelijk. De H.R. overweegt: „dat het . . . voor hen, die het vooruitzicht op een voldoende verzorging van hun weduwe niet hebben, naar algemeen gangbare opvattingen van moraal en fatsoen — bijzondere omstandigheden voorbehouden — als een onafwijzbare plicht wordt beschouwd om, indien noodig, naar de mate van het mogelijke te zorgen voor het onderhoud van de weduwe;

„dat de vervulling van dezen plicht zoozeer beantwoordt aan hetgeen de echtgenooten van elkaar mogen verlangen, dat daarmede — voor zooverre de verzorging, gelet op de omstandigheden waaronder de echtgenooten leefden en de langstlevende achterblijft, het redelijke niet te buiten gaat — voldaan wordt aan een verplichting van den eenen echtgenoot jegens de ander, welke als een natuurlijke verbintenis moet worden erkend;

„dat daarom de nakoming van zoodanige verzorgingsverplichting — hetzij bij handeling onder de levenden, hetzij bij uiterste wilsbeschikking — is voldoen aan een verbintenis en niet is schenking.”

Voor wat betreft de toevoeging „en niet is schenking” is het „daarom” misleidend. Hoe is immers de redenering van de H.R.?

De man heeft een morele plicht voor de verzorging van zijn vrouw na zijn dood te zorgen; aangezien de vrouw vervulling van deze plicht mag verlangen, kunnen wij hier spreken van een natuurlijke verbintenis;

derhalve: hetgeen ter nakoming van deze plicht gegeven wordt is de nakoming van, het voldoen aan een natuurlijke verbintenis. De tussenvoeging in de 2e alinea is overbodig: er bestaat alleen een morele plicht tot verzorging binnen redelijke perken; de natuurlijke verbintenis is derhalve ook aan die grenzen gebonden.

Aangezien het feit, dat sommige morele plichten, indien er een aanspraak bestaat, natuurlijke verbintenissen genoemd worden, nimmer kan verklaren, dat er in een zeker geval geen schenking is, moet het „daarom” voor zover de woorden „en niet is schenking” betreft, wel slaan op „de vervulling” van dezen plicht. Ook hier zijn wij dus weer op het subiectieve standpunt, aangezien alleen de doelloorzaak (o lelijk germanisme) in staat is te beslissen omtrent het al of niet bestaan van een „vervulling” van een plicht.

Anders dan de H.R. overwoog Rb. Tiel 27-4-1917 N.J. 18.266: „dat eene zoodanige handeling, al ware zij gedaan tot betaling van getrouwe diensten, niet anders te beschouwen is, dan als eene gift uit dankbaarheid.”

Ik herinner er tenslotte aan, dat de Duitse jurisprudentie op het hier verdedigde standpunt staat. Zie het arrest van het R.G. dd. 28-5-1919, op p. 40 geciteerd, waarin het zegt: „Es ist Tatfrage, ob im einzelnen Falle eine belohnende Schenkung oder eine nach-

trägliche Bewilligung oder Erhöhung eines Entgelts für die geleistete Dienste vorliegt und dass hier für die Absicht der Beteiligten, aus der heraus die Vergütung gegeben und angenommen wird, massgebend ist." Cfr. ook R.G. 7-2-1919 boven geciteerd p. 41.

Ook de Franse jurisprudentie is zeer nauw verwant aan het hier verdedigde standpunt. Cfr. Josserand p. 335; hij prijst de jurisprudentie als „de façon très ingénieuse et très fine."

Wij hebben het probleem van de remuneratoire schenking aangepakt en de verhouding van de schenking en de natuurlijke verbintenis geïllustreerd met een geval uit de rechtspraak dat de remuneratoire schenking betrof. Zij kan ons nog niet loslaten. Het probleem heeft nog een heel andere facet die een sterker slijpsel behoeft om haar helder te maken.

Ik stel het volgende bekende voorbeeld: Een medicus heeft met succes een operatie verricht, waarvoor de normale beloning f 1000,— zou zijn. De patiënt, dit wetende, geeft de medicus als remuneratie f 2000,—. Hoe staan wij hier tegenover? Men heeft gemeend de handeling te moeten splitsen in een schenking en een betaling, en dan voor zover zij een schenking was, de notariële acte geëist. Zij is niet juist, lijkt mij, deze hokjesgeest. Men vergat de psychologische waarheid van de geleidelijkheid van de menselijke bedoelingen. Ik wees er reeds eerder op dat deze verglijden van egoïsme tot liefde. In het beschreven geval hebben wij niet te doen met een van deze uitersten. Het ligt er tussen in. Schenking en beloning liggen er ondeelbaar in besloten. Naarmate het belonende karakter meer op de voorgrond treedt, ligt de handeling verder van de milddadigheid. De practische beteekenis hiervan zal blijken in het volgende hoofdstuk.

Een beroemd geval vormen ook de schenkingen aan concubines. De oplossing ligt in het vorige. Is de strekking vrijgevigheid, dan is er een schenking. Is zij betaling — en dit zal het gewone geval zijn — dan is het een handeling onder bezwarende titel en geen schenking. Vaak zal ook de strekking en dus de oorzaak der handeling hier tussenin liggen.

Is de oorzaak van een dergelijke verschuiving niet ongeoorloofd, zodat deze nietig is? Hebben wij te doen met een zuivere schenking, dan niet. Is de strekking van de handeling er echter op gericht de gunsten van de concubine te verkrijgen, dan ongetwijfeld. In deze zin ook Hooggerechtshof van Ned.-Indië 13-7-33 N.J. 34-1210. Als nu de strekking is betaling van bewezen diensten? Mij schijnt het toe, dat wij dan niet meer te doen hebben met een vraag naar het al of niet-geoorloofd zijn der oorzaak. Bij de betaling abstraheert ons recht immers van de onzedelijke strekking, zoals ik schreef op pag. 62, zodat naar ons positieve recht een betaling nimmer een ongeoorloofde oorzaak kan hebben. Wij krijgen hier derhalve de vraag naar de verbintenis, zoals dit ook is bij een civiele verbintenis, die nietig is tengevolge van een ongeoorloofde

oorzaak. Een dergelijke betaling is niet nietig, maar onverschuldigd. In de bekende procedure, die eindigde in het schoonzuster-arrest H.R. 22-4-37 N.J. 37.1108 is dan ook terecht de *causa-eis* niet aan de orde gekomen. Kan men bij een gewone civiele verbintenis de vraag naar de geoorloofdheid van de *causa* stellen, bij een natuurlijke verbintenis — althans voor zover deze voortvloeien uit moraal of fatsoen — heeft de hele *causa-vraag* geen zin. Een natuurlijke verbintenis, als zijnde een morele plicht, die een verzwakte juridische aanspraak geeft, alles uit eigen wezen, is juist bij uitstek en uit zichzelf het ethisch-maatschappelijk fundament voor een vermogensverschuiving. Een overeenkomst (*pactum nudum a causa*) op zich is niet voldoende; zij moet door middel van de *causa finalis* versterking inroepen om zichzelf de ethisch-maatschappelijke ruggegraat te geven, die nodig is om overeind te blijven. De *causa-eis* is een correctief, of liever een noodzakelijk supplement van het beginsel der contractsvrijheid waarmee de natuurlijke verbintenis niets van doen heeft. Bij de — niet overeengekomen — betaling van de diensten van een concubine moeten wij dus de vraag beantwoorden of er een natuurlijke verbintenis is. De oorzaak-leer speelt hier geen rol. Volgens de H.R. in het genoemd arrest bestond deze verbintenis niet, hetgeen aan van Oven N.J.B. 42 p. 363 de jammerklacht ontlokte: „Helaas is voorshands naar ons recht de weg naar een billijke oplossing geheel afgesneden” op het terrein der concubinaatsovereenkomsten. Mij schijnt het oordeel van de Raad geheel juist.

De grondslag zou i.c. geheel gelegen hebben in de concubinaatsverhouding: het verleiden tot overspel, de voortzetting daarvan gedurende 25 jaar en het verwekken van kinderen. Nooit kan dit een basis zijn voor een juridische aanspraak, zolang het huwelijk de enige erkende rechtsband is tussen man en vrouw. In geen enkel opzicht mag hier de hand gelicht worden. Een natuurlijke verbintenis kan in dergelijke gevallen alleen bij hoge uitzondering ontstaan uit buiten het concubinaat gelegen omstandigheden bv. wanneer de man de vrouw heeft overgehaald haar werkkring op te geven en haar heeft voorgespiegeld haar te onderhouden tot haar dood. Steeds is de grootste reserve in acht te nemen. De heiligheid van het huwelijk eist dit.^{3a)}

Maar hoe als de strekking, hetzij van de zakelijke overeenkomst, hetzij van de obligatoire overeenkomst, niet zuiver schenking of „huur van diensten” is, maar er tussen in ligt? Wij mogen de partijbedoeling niet gaan analyseren en er bv. gedeeltelijk schenking en gedeeltelijk „huur” van maken. Dat is geen werkelijkheid. Dit betekent dus, dat de geoorloofde oorzaak hier geleidelijk in de ongeoorloofde oorzaak overgaat. Staan wij op het altruïstische uit-

^{3a)} Ik spreek hier alleen over de verhouding man-vrouw, niet over die man-kinderen.

einde van de scala der partijbedoelingen en gaan wij dan langzaam naar het andere uiteinde, dan vervaagt geleidelijk de milddadigheid ten gunste van het steeds scherper worden van de strekking de diensten van de concubine te verkrijgen, het nagestreefde eigenbelang. De oorzaak der handeling, aanvankelijk geheel geoorloofd, wordt geleidelijk aan steeds meer ongeoorloofd, totdat zij bij de zuivere „huur” geheel ongeoorloofd zal zijn.

Wij zijn hiermede gekomen op het gebied van de omvang der nietigheid bij de ongeoorloofde oorzaak; cfr. o.a. Petit, Overeenkomsten in strijd met de goede zeden p. 112 v. vooral pag. 121 v. Ik kan er niet op ingaan en vermeld slechts, dat naar mijn mening in gevallen als dit de rechter de handeling gedeeltelijk geldig, gedeeltelijk nietig zal moeten verklaren. De verhouding van geldigheid en nietigheid behoort dan bepaald te worden naar de subiectieve strekking van de handeling. De objectieve verhouding speelt alleen een rol voor zover de verschuiving naast of liever na de strekking nog een objectief fundament behoeft.

Wezenlijk hetzelfde ligt de zaak bij de gemengde contracten, waaronder ik hier alleen versta het *negotium mixtum cum donatione*. A verbindt zich een huis ter waarde van f 10.000,— over te dragen, waar tegenover B. zich verbindt aan A f 5.000,— te betalen. Theoretisch is het mogelijk — ik wees er boven p. 64 reeds op — deze overeenkomst te splitsen in een koop en een schenking. Practisch zal dat echter een zeer grote uitzondering zijn. Als regel is de strekking gemengd: zij is geen zuivere koop en zij is geen zuivere schenking, noch voor het geheel noch voor een deel. De strekking ligt er ondeelbaar tussen in. Vragen wij: waar er tussen, dan zal het antwoord gewoonlijk kunnen verwijzen naar de verhouding van prijs en waarde, zodat in het gegeven voorbeeld de strekking juist in het midden ligt van de scala. Hij die anders beweert zal het bewijs hebben te leveren ⁴⁾, want uiteindelijk blijft het de mate van liberaliteit, die de omvang van de schenking bepaalt. Cfr. R.G. 27-6-1935 R.G.E. 148 p. 236 v. Het R.G. stelt zich op het standpunt van de splitsing van de handeling in twee. Het acht dan niet de waardeverhouding, maar de partijbedoeling beslissend voor de splitsing (p. 240).

Wanneer wij tot slot even aandacht besteden aan de schenking onder een last, dan moeten wij onderscheiden of deze last er een is ten behoeve van de schenker, van de begiftigde of van een derde.

Is het een last ten behoeve van de schenker, dan ligt de zaak precies hetzelfde als bij het gemengde contract met deze beperking, dat het bewijsrechtelijk moeilijker zal zijn aan te tonen, dat er in casu geen *animus donandi* was.

Is het een last zuiver ten behoeve van de begiftigde dan schijnt mij deze last voor de liberaliteit niet van belang.

⁴⁾ Tot juist begrip van het hierbedoelde vergelijkte men het begin van hoofdstuk V.

is het een last ten behoeve van een derde, dan is de verhouding tussen schenker en begiftigde dezelfde als bij een last ten behoeve van de schenker zelf. Wel kan er een schenking zijn tussen de schenker en de derde. Dit hoeft echter niet, bv. indien de last inhoudt een schuld van de schenker aan de derde te voldoen.

De moeilijkheden bij de gemengde contracten c.a. bleken veel geringer dan de lezer wellicht verwachtte. Ik bevond mij echter tot nu toe slechts op het gebied van de rechtstheorie. Het is voornamelijk ⁵⁾ de wet, die de moeilijkheden schept. Log als zij noodzakelijk is, kan zij het glijden over de scala der partijbedoelingen niet volgen. Zij haalt er de hoofdtypen uit; vereenvoudigt de regeling voor dezen; bemoeilijkt echter aanzienlijk de oplossing voor de niet typische gevallen. Wij moeten dus bij iedere positiefrechtelijke schenkingsregel nagaan welk gedeelte van de scala zij omvat. Ik laat dit over aan hen, die de speciale onderwerpen behandelen. Zelf zal ik het — mede ter illustratie — nagaan voor het vormvereiste.

⁵⁾ Voornamelijk, niet geheel. De moeilijkheden ontstaan, indien er voor bepaalde overeenkomsten speciale regels gelden, afwijkende van de algemene. Dit kan echter ook in het ongeschreven recht voorkomen.

HOOFDSTUK V.

Milddadigheid en Wet.

In het eerste hoofdstuk (p. 9 v.) heb ik er op gewezen, dat het rechtstheoretisch onjuist is voor de schenking verarming en verrijking te vorderen, deze begrippen dan te nemen in de zin waardevermindering c.q. vermeerdering van het totale vermogen. Ik toonde daar aan, dat het wezen van het vermogen, genomen in juridische, dus onze zin, niet vraagt naar een rechtvaardiging van een eventuele economische waardeverschuiving, maar naar een rechtvaardiging van een eventuele juridische vermogensverschuiving. Al zullen deze economische en juridische verschuivingen practisch meestal samengaan, zodat een eenzijdige vermogensverschuiving gewoonlijk verrijking en verarming veroorzaakt, noodzakelijk is dit niet. Om de zaak zuiver te houden moeten wij ons daarom in het recht distantieren van het economisch element. Een juridisch gebouw op een economisch fundament moet wankel zijn.

Thans zou ik dit graag nog iets nader willen adstrueren. Om te beginnen zijn er schenkingen mogelijk zonder verarming. Als A het door hem van X geleende boek aan B wegschenkt spreekt ieder ondanks art. 1704 B.W. over een schenking. Sommigen ontkennen dat B eigenaar wordt, voor zoover ik weet ontkent echter niemand de schenking. Wij hebben hier een vermogensverschuiving X—B, die — tenzij men Scholtens uitzondering op art. 2014 B.W. aanneemt — tengevolge van het bijzondere karakter van roerend goed gerechtvaardigd wordt door een schenkingshandeling van A.

Evenmin is er verarming, indien een meisje een lok van haar golvende haren schenkt aan haar geliefde. De lok was na het afknippen door het meisje haar eigendom. Hoe wordt de jongen anders eigenaar dan door schenking? Hetzelfde geldt voor een waardeloze brief. Deze wordt eigendom van de ontvanger. Gewoonlijk zal het geen schenking zijn, omdat de verzender meestal in zijn eigen belang schrijft ¹⁾ en dus het nagestreefd eigenbelang als causa fungeert. Het kan echter, dat een brief louter uit menslievendheid geschreven wordt.

Iemand geeft enkele allerfrequentste postzegels, die alleen waarde hebben met duizenden tegelijk, aan de missie; de bewaarschoolzuster geeft een kerkboekplaatje aan het braafste leerlingetje. Zo zijn er honderden gevallen, waarin iedereen de eigendomsover-

¹⁾ Hier blijkt helder hoe fictief de leer is van de samenval van obligatoire en zakelijke overeenkomst. De schuldenaar heeft honderdmaal liever geen maanbrief van zijn eiser. Toch zou hij de eiser verplicht hebben hem er een te sturen!

gang erkent en waarin alleen een schenking de eigendomsovergang kan verklaren.

Van groter practisch belang zijn de schenkingen van genot of arbeid. Als ik iemand mijn boek leen, dan ga ik niet in vermogen achteruit. Evenmin wanneer ik iemands belastingaangifte verzorg. Toch zijn dit schenkingen, als ik het uit milddadigheid doe. Terecht is er herhaaldelijk op gewezen, dat „het een onduldbare fictie (is) aan te nemen dat de belanghebbende zich anders zelf de uitgaven wel zou hebben getroost.” Bregstein p. 206.

Ook verkoop mede uit milddadigheid tegen de officiële maximumprijs, terwijl de werkelijke waarde veel hoger is, is gedeeltelijk schenking, ofschoon er toch moeilijk van verrijking of verarming gesproken kan worden.

Bij de gegeven voorbeelden waren er meerdere, waarin ook het element der verrijking ontbrak. Bv. de haarlok, de brief, de bruiklening. Er zijn ook gevallen waarin er verarming is maar geen verrijking. Bv. een chirurg opereert iemand uit liberaliteit en plaatst een zilveren plaat in zijn borstholte. Of X laat uit milddadigheid het huis van Y, dat zeer goed in de bruine verf zit, maar dat Y liever groen geverfd had, groen verven.

Ik wil U niet langer met voorbeelden vermoeien en eindigen met deze vraag: Indien het in het algemeen niet nodig is, dat de verbintenis tot inhoud heeft een voorwerp met economische waarde, waarom dan de schenkingsverbintenis wel?

Het hier gezegde wordt nog bevestigd, doordat er gevallen zijn, waarin er een verrijking enerzijds is en verarming anderzijds, opzettelijk veroorzaakt uit milddadigheid en waarin toch geen sprake is van schenking, omdat de vermogensverschuiving ontbreekt. Bv. een eigenaar A van een lucratieve maar stinkende fabriek breekt deze af en legt op de terreinen een park aan tengevolge waarvan het nabij gelegen hotel van B. belangrijk in waarde stijgt. A deed dit uit milddadigheid, hetgeen B erkent en accepteert. Zolang A zich niet verplicht de fabriek niet te herbouwen is er geen vermogensverschuiving en dus geen schenking hoewel er toch verarming, verrijking en animus donandi is.

Maar genoeg; belangstellenden verwijs ik naar Liebisch §§ 3 en 9.

Volkomen terecht schrijft Meijers op p. 73 van zijn erfrecht: „Feitelijk zit in deze rechtspositie en niet in de bevoordeeling het kenmerkende van de erfstelling en het legaat.” Voor de erfstelling wordt dit algemeen aangenomen. Cfr. de dissertatie van de Bruijn p. 55 v. en p. 62 met de daar genoemde schrijvers. Stemmen dus schenking enerzijds en erfstelling en legaat anderzijds overeen wat betreft de principiele niet-noodzakelijkheid van de bevoordeling, zij verschillen doordat de schenking per se met animus donandi moet geschieden, terwijl legaat en erfstelling ook onder bezwarende titel vermaakt kunnen worden bv. als in betaling geving.

Staat thans vast, dat verrijking en verarming geenszins een ele-

ment van de schenking zijn,²⁾ wij hoeven ons toch niet te verwonderen, dat impliciet of expliciet in zeer ruime kringen deze eis gesteld wordt. Ik wees er reeds op, dat het werkelijke criterium gewoonlijk samenvalt met dit valse. Maar bovendien spelen de elementen verrijking en verarming, ofschoon zij niet wezenlijk zijn, een belangrijke rol bij de schenking. Vooreerst in het bewijsrecht: aanmerkelijke verrijking enerzijds en aanmerkelijke verarming anderzijds wettigen in zo sterke mate het vermoeden van een schenking, dat deze behoudens tegenbewijs als aanwezig beschouwd mag worden. Aldus ook Rb. Middelburg 31-12-34 N.J. 35.1186 Cfr. H.R. 8-12-21 N.J. 22.164. Uiteraard is deze bewijsrechtelijke functie iets anders dan een objectivering van het liberaliteitsvereiste, hetgeen Drielsma W.P. 3603 uit het oog verliest. Tenslotte — en dit is het voornaamste — heeft de wetgever op vele plaatsen aan de schenkingen, die (accidenteel) gepaard gaan met verarming en verrijking grenzen willen stellen. Hij wilde daarbij verschillende belangen beschermen; b.v. die van de kinderen (legitieme) of de schuldeisers (pauliana). Cfr. Planiol-Ripert-Trasbot nrs. 310 v. vooral nrs. 321 v. Waar de belangen, die te beschermen waren van economische aard waren, heeft de wetgever begrijpelijkerwijze alleen die schenkingen aantastbaar gemaakt, waarin economische belangen geschaad werden, m.a.w. die schenkingen, die gepaard gingen minstens met verarming.

Het zou mij veel te ver voeren, indien ik alle wettelijke schenkingsregels op dit punt zou gaan onderzoeken. Ik wil nog slechts dit opmerken: zelfs indien het nadere onderzoek zou uitwijzen, dat er in de wet uitsluitend regels voorkwamen betreffende schenkingen, die gepaard gaan met verarming en verrijking, mag men het door mij omschreven essentiële schenkingsbegrip niet als waardeeloos overboord zetten. Wie dat zou doen, zou de fout maken van de jonge 'candidaat, die meent, dat er in het recht niets zeker is, omdat hij bij iedere in zijn handboek geuite opvatting een tegenopvatting vindt. Hij vergeet, dat verreweg het meeste vaststaat en alleen niet genoemd wordt, juist omdat het vast staat en dus geen stof tot bespreking biedt. Hij vergeet, dat het vaststaande en daarom geen belangstelling trekkende antwoord op de vraag of de koper de koop prijs moet betalen van oneindig veel groter belang is dan de vraag naar de preciese inhoud van het begrip onrechtmatige daad of natuurlijke verbintenis. Hij vergeet, dat er tegenover iedere koop, waarover geprocedeerd wordt en die dus de aandacht trekt, er honderdduizend staan, waarin generlei onzekerheid schuilt en die daarom in geen handboek of verzameling van rechtspraak te vinden zijn. Zo is het ook met het schenkingsbegrip: dit is er primair een van vermogensoverdracht. Pas secundair is het van belang voor inkorting en dergelijke. Het eerste is practisch veruit

²⁾ Ook de Romeinen kenden schenkingen zonder verrijking en verarming. Cfr. D. 24.1.5.16.

het belangrijkste. Van de honderdduizend schenkingen wordt er misschien één ingekort. In onze handboeken en jurisprudentie wordt echter vrijwel alleen over het schenkingsbegrip in verband met zijn wettelijke grenzen gesproken, omdat het alleen daar tot moeilijkheden aanleiding geeft. Evenmin als het begrip koop alleen van belang is, omdat de koop wel eens vernietigd wordt op grond van dwaling, evenmin is het begrip schenking alleen van belang met het oog op de inkorting c.s.

Bij iedere positieve schenkingsregel moeten wij dus nagaan:

- a) of zij voor alle schenkingen geldt of alleen voor die, welke gepaard gaan met verarming en/of verrijking. Hier wees ik zo juist op.
- b) welke mate van milddadigheid, welk gedeelte van de scala der partijbestedingen zij omvat. Hier wees ik op in het vorige hoofdstuk.
- c) of de wetgever met de eventuele gebruikte term „om niet” de objectieve of de subjectieve omnietheid bedoelde. Hier wees ik op in het derde hoofdstuk.

Tot slot van dit proefschrift wil ik dit onderzoeken voor het voorschrift van art. 1719 B.W.: de notariële acte. Art. 1719 B.W. luidt: „Geene schenking, uitgezonderd degene waarvan bij artikel 1724 wordt gehandeld, kan op straffe van nietigheid anders gedaan worden dan bij eene notariële akte, waarvan de minuut onder den notaris is verbleven.”

„Geene schenking”, als meer van dergelijke krachttoeren van de wetgever neemt niemand dit erg au sérieux. Algemeen wordt de eis alleen gesteld aan de zgn. formele schenkingen. Op zich zelf zegt dit bijvoeglijk naamwoord niets, ontleend als het juist is aan de vorm. Wij moeten dus langs andere weg onderzoeken bij welke schenkingen een notariële vorm vereist is. Als richtsnoer moet daarbij dienen dat het wezen van de schenking om deze vorm niet vraagt. Het is een betrekkelijk jong (1731) toevoegsel. Als ieder vormvoorschrift moet het beperkt worden uitgelegd en in casu temeer nu in de praktijk gebleken is, dat de notariële schenkingsacte weinig bevredigend is. Vanzelfsprekend geldt het voorschrift alleen voor schenkingen en dus niet voor overdrachten uit egoïsme, zoals bv. de afstand van strookjes grond voor wegaanleg. Het ligt in het systeem van de wet, dat voor de uitleg van „schenking” in 1719 gezocht wordt in 1703 B.W. Dit noemt schenking: „eene over-, eenkomst, waarbij de schenker bij zijn leven, om niet en onherroepelijk eenig goed afstaat ten behoeve van den begiftigde, die „hetzelve aanneemt.”

Drie vereisten verdienen in verband met de eis van de notariële acte nadere belangstelling, t.w. „overeenkomst”, „eenig goed” en „om niet”.

Dat met overeenkomst in ieder geval de obligatoire overeenkomst bedoeld is staat vast. Cfr. Libourel Hfdst. II en van der Beeke

Hfdst. III. Iedere overeenkomst om goederen uit vrijgevigheid te zullen overdragen behoeft een notariële acte.

Maar de zakelijke overeenkomst? A doet een bestanddeel uit zijn vermogen verschuiven in dat van B met de bedoeling B uit milddadigheid te bevoordeelen, als hoedanig B het aanneemt. Moet deze op eigendomsoverdracht gerichte wilsovereenstemming neergelegd zijn in een notariële acte? Ik geloof het niet. Voor die overeenkomsten van deze soort die practisch het meest betekenis hebben, te weten die van roerende goederen of schuldvorderingen aan toonder staat het vast. Art. 1724 B.W. Ik zou voor onroerende goederen niet anders willen beslissen. De wetgever heeft alleen gedacht aan obligatoire overeenkomsten zooals blijkt uit de plaats in het verbintenissenrecht die de wetgever aan de schenkingen gaf en uit art. 1723. De verwijzing naar de art. 667, 668 en 671 B.W. die immers juist over de zakelijke overeenkomst spreken, heeft geen zin bij een zakelijke overeenkomst. Ik ben dus van mening, dat voor de schenking van onroerend goed bestaande in een onmiddellijke overdracht, dus voor een schenking bij zakelijke overeenkomst zonder voorafgaande obligatoire geen notariële acte nodig is.

Ik heb in het midden gelaten of een dergelijke schenking voor onroerend goed geldig is. Ik ga daar niet op in. Zij hangt af van de interpretatie, die men geeft aan „regttitel” in art. 639 B.W. Men mag deze vraag in geen geval als afgedaan beschouwen door een beroep op dat woord. Dat zou een petitio principii zijn. Titel kan zonder meer evenzeer beteken een onmiddellijke oorzaak, zoals milddadigheid en nagestreefd eigenbelang, als een middellijke, t.w. de betalingsbedoeling plus een verbintenis, omtrent de betekenis van welke laatste dan nog verschillend gedacht kan worden. Vooral een historisch onderzoek zal hier de beslissing kunnen brengen. Dit ligt echter geheel buiten mijn bestek. Een proefschrift is niet belangrijk genoeg om lang de aandacht van de juridische wereld ervoor te mogen vragen!

Tot practisch hetzelfde resultaat ³⁾ als ik hier verdedig komen de Franse juristen. Hun redenering is echter heel anders. Zij klampen zich vast aan de letterlijke tekst van art. 931 Cc ged.: *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires.* Welnu, redeneren zij, er staat niet, dat voor iedere schenking een notariële acte nodig is, maar alleen dat de acte notariëel moet zijn indien zij een schenking inhoudt. Niet onderworpen aan een notariële acte zijn dus o.a.:

1. de donation déguisée, waaronder is te verstaan een schenking die in de acte gedissimuleerd is als overeenkomst onder bezwarende titel. Alle schenkingsregels zijn toepasselijk, behalve die van de vorm.
2. de don manuel, de schenking van hand tot hand, ofschoon de

³⁾ Althans indien men aanneemt, dat „regttitel” in 639 ook de onmiddellijke oorzaak omvat.

code geen artikel kent als art. 1724 B.W. Voor deze beroept men zich voorts op de geschiedenis.

3. de schenking in de vorm van een schuldbekentenis.

De notariële vorm mist in Frankrijk tegenwoordig vrijwel iedere betekenis. Over de donations déguisées wordt niet meer geprocèdeerd. Zie voor de jurisprudentie Planiol III. 2553. Het definitieve begin van deze jurisprudentie dateert van 1813. Cass. 31—5—1813 S. 1813.1.3³⁰ met voetnoot. Toen gold de code ook bij ons. Cfr. voor onze jurisprudentie H.R. 17-6-1910 W. 9048, welk arrest geheel tegengesteld is aan de Franse rechtspraak.

Laat ik de toekomstige overdrachten uit vrijgevigheid, dus de enkel obligatoire schenkingen, die zeldzaam zijn, buiten beschouwing, dan kan ik mij geheel met het Franse resultaat verenigen. De methode vind ik echter weinig fraai. Ik houd niet van oneerlijkheid en oneerlijk is de theorie van de donation déguisée. Terecht spreken meerdere Franse schrijvers in dit verband over „un mensonge”. Daarom is in de Franse litteratuur het verzet nog niet geheel verdwenen. Volgens Planiol t.a.p. neemt het zelfs toe.

Het door mij verdedigde systeem is het Duitse wettelijke stelsel. Cfr. § 518 B.G.B.

Ook ten aanzien van het begrip „goed” in art. 1703 B.W. zou ik een beperkte interpretatie willen toepassen. Goed kan betekenen stoffelijk voorwerp, goed kan echter ook betekenen zaak en dan mede rechten omvatten. Ofschoon geschiedenis en wettekst pleiten voor de ruime uitleg acht ik de enge praktisch bevredigender. Sprekend is het geval, dat de Hoge Raad in 1914 te beoordelen kreeg. Bij onderhandse acte had de ene grondeigenaar aan de andere een erfdiensbaarheid, bestaande in het recht tot afvoer van hemelwater verleend. De Hoge Raad 3-4-14 W. 9688 achtte de erfdiensbaarheid nietig. Het was volgens hem, en zulks terecht, een schenking en dus was een notariële acte nodig. Dat „dus” zou ik niet willen aanvaarden. Ik vind dat resultaat weinig bevredigend. Slechts bij hoge uitzondering en noodgedwongen zou ik mensen, die weloverwogen hun woord gaven, daaraan niet gebonden achten.

Als de H.R. echter ook Hof den Bosch 26-4-1880 W. 4546. De Rb. Breda 3-7-23 N.J. 24.439 achtte echter terecht voor het verlenen van een voorkeepsrecht ook wanneer dit uit liberaliteit zou zijn geschied geen notariële acte nodig.

Voor een schenking van arbeid zal in ieder geval geen notariële acte nodig zijn, zomin als voor iedere andere verbintenis om gratis iets te doen of niet te doen.

Moet „om niet” in art. 1703 subiectief of obiectief genomen worden? De schrijvers zijn verdeeld zonder echter veel aandacht aan dit vereiste te stellen. „Om niet” in obiectieve zin betekent, zoals wij boven zagen, zonder tegenpraestatie. De wetgever zelf erkent, dat ook bij de schenking in de zin van art. 1703 een tegenpraestatie mogelijk is. Hij erkent nl. de schenking onder een last, welke ook ten bate van de schenker kan zijn. Wil men dus de wet-

gever consequent laten zijn, dan moeten wij „om niet” hier in subiectieve zin opvatten. Dit betekent, dat de aanwezigheid van een last of andere tegenpraestatie niet voldoende is om de notariële acte overbodig te achten. Het is derhalve onvoldoende om een beroep te doen op de woorden „om niet” indien men wil aantonen, dat voor een verkoop tegen te lage prijs met bevoordelingsbedoeling geen notariële acte nodig is. Of deze acte in zo’n geval nodig is komt aanstonds ter sprake.

Heeft art. 1703 het oog op alle schenkingen of uitsluitend op die welke samengaan met verarming en verrijking? Het laatste wordt vrijwel algemeen aangenomen echter gewoonlijk zonder enige motivering. Cfr. o.a. Segers, afd. III Hoofdstuk V. Ten onrechte beweert hij, dat de tekst van 1703 verarming en verrijking eist door de woorden „ten behoeve” en „hetzelve aanneemt”. Deze woorden kunnen even goed op een blote vermogensverschuiving slaan. Het enige aanknopingspunt, dat de wet geeft, is art. 1715. De wetgever heeft bij dit artikel zo niet alleen toch in ieder geval mede aan de schenkingen in de zin van art. 1703 gedacht. Hij heeft alle schenkingen tussen echtgenoten, dus ook die in de zin van art. 1703 verboden. Maar de ratio van dit schenkingsverbod ligt in de onwenselijkheid van de verarming van de ene echtgenoot ten koste van de andere; het waarom van deze onwenselijkheid kan ons thans onverschillig laten. Alle overige artikelen passen in beide opvattingen.

Voor de beslissing van onze vraag moeten wij dus naar de ratio van art. 1719 vragen. Op p. 47 sprak ik hierover. Vroeger was deze, de herroeping tegen te gaan. Toen was er uit de ratio dus geen argument voor ons te putten. Nu als de tegenwoordige ratio de bescherming van de schenker tegen overijling mag gelden, is er wel iets voor te zeggen dat de notariële acte alleen nodig is bij een schenking, die gepaard gaat met verarming. Zekerheid hebben wij echter ook thans niet.

De geschiedenis heeft de vereisten nimmer gesteld. Zij komen waarschijnlijk van von Savigny. De eis van de notariële acte dateert echter van voor von Savigny en komt uit Frankrijk (d’Aguesseau).

Wat moet ons besluit zijn? Verrijking en verarming zijn geen essentialia van de schenking. Achten wij hen noodzakelijk in een gegeven geval, dan moet de wet daartoe aanleiding geven. Voor de verrijking geeft de wet generlei argument; voor de verarming de zo juist genoemde. Ik concludeer dus, dat een notariële acte vereist is, ook indien er geen verrijking is. Ongeveer als hier Eggens Praeadv. nt. 24. Wel moet er verarming zijn.

Wij hebben gezien, dat een zgn. gemengde overeenkomst — waaronder ik hier versta een overeenkomst waarvan de strekking ondeelbaar gedeeltelijk uit milddadigheid, gedeeltelijk uit egoïsme bestaat — rechtstheoretisch niets bijzonders is en generlei moeilijkheden biedt. In het positieve recht — al of niet geschreven — is

dat echter anders. Wij staan dan voor moeilijke vraagstukken van interpretatie.

Indien wij „giften of schenkingen” in art. 967 B.W. en „schenking” in art. 1719 B.W. moeten interpreteren, staan wij voor een merkwaardig verschil. In tegenstelling tot het eerste artikel zijn wij bij het laatste gebonden aan een officiële interpretatie van de wetgever, gegeven in art. 1703 B.W. In de litteratuur wordt dit verschijnsel aangeduid door de tegenstelling materiële schenking — formele schenking. Nemen we de overeenkomst, waarbij de dankbare patiënt de medicus vraagt geen rekening te zullen sturen en hem uit milddadigheid tweeduizend gulden toezegt inplaats van de normale duizend. Vragen wij nu of hierop ingekort moet worden dan hoeven wij niet op art. 1703 B.W. te letten; vragen wij echter of deze overeenkomst de notariële vorm behoeft, dan speelt art. 1703 een grote rol. Uit de plaats, die de wetgever inruimde aan zijn definities van de bijzondere overeenkomsten, te weten het derde boek: Van Verbintenissen en niet in een algemeen deel, mogen wij concluderen, dat hij zijn definities alleen voor het verbintenissenrecht van belang achtte, met name voor de interpretatie van de titel waarin hij de definitie opnam.

Nemen wij in plaats van het gestelde voorbeeld een ander bv. een verkoop, waarbij de prijs uit milddadigheid op de helft van de waarde wordt bepaald, dan worden de moeilijkheden nog groter. Dan botsen namelijk de definities van de schenking (art. 1703 B.W.) en van de koop (art. 1493 B.W.) tegen elkaar. Zijn de moeilijkheden bij de andere hier niet besproken gemengde overeenkomsten, waarbij zich hetzelfde verschijnsel voordoet, vaak gordiaanse knopen, bij de afgrenzing van schenking tegenover koop hebben wij een gemakkelijk criterium: de milddadigheid. Bij de koopovereenkomst heeft de wetgever gedacht aan twee partijen die uit zijn op eigen belang; bij de schenking aan twee partijen, waarvan de een jegens de andere milddadig wil zijn. Hij lette niet op de mate van milddadigheid, zoals blijkt uit de schenking onder een last. De wetgever heeft geen grenzen gesteld aan de omvang van de last, waaruit geconcludeerd mag worden dat hij geen grenzen heeft willen stellen aan de omvang van de milddadigheid. Met andere woorden: indien de objectieve strekking van een handeling ook maar gedeeltelijk milddadigheid is, valt zij onder het schenkingsbegrip van art. 1703 B.W. en zal dus een notariële acte nodig zijn. Dus de beide boven besproken overeenkomsten moeten notarieel worden aangegaan. Is er geen notariële acte, dan zal de medicus zijn normale nota kunnen sturen en is de koop in het geheel niet tot stand gekomen. De intrinsieke eenheid van de handeling, die in de vorige hoofdstukken werd aangetoond verbiedt de splitsing van de éne handeling, tenzij de wetgever dat zou voorschrijven, hetgeen niet het geval is. |

Deze resultaten zijn, de wenselijkheid van een notariële acte bij schenkingen aannemend, alleszins bevestigend. Als een notariële

acte wenselijk is bij een eenvoudige schenkingsbelofte van duizend, waarom dan niet bij de samengestelde om twee duizend in plaats van de verschuldigde duizend te geven? Wenst men hier geen notariële acte, dan ook niet bij de zuivere schenking, waarmee ik overigens van harte zou instemmen.

Is het resultaat echter ook bevredigend indien de objectieve schuld slechts een natuurlijke is? A is krachtens natuurlijke verbintenis aan B duizend schuldig. Ter voldoening hieraan en uit milddadigheid, zegt hij twee duizend toe. Ook deze schenkingsbelofte behoeft de notariële vorm. Wanneer deze ontbreekt, heeft B dan geen civiele vordering? Mij dunk van wel nl. tot een bedrag van duizend. Als schenking is de handeling nietig; zij blijft niettemin een handeling, waardoor de natuurlijke verbintenis jegens B erkend werd, waardoor B dus een actie krijgt.

Nawoord.

Op grond van het bovenstaande meen ik de volgende definitie van de zuivere schenking te kunnen geven:

Schenking is de rechtshandeling, die tot inhoud heeft het onmiddellijk of toekomstig overgaan van een bestanddeel uit het vermogen van de ene partij (schenker) in dat van de andere (begiftigde) en tot strekking het betonen van milddadigheid door de schenker jegens de begiftigde.

„Onmiddellijk of toekomstig”: de schenking omvat zowel de zakelijke overeenkomst als de obligatoire. Het resultaat van beiden is hetzelfde: een gerechtvaardigde vermogensverschuiving. De obligatoire overeenkomst vormt een omweg tot dat resultaat.

Welke plaats neemt de overeenkomst metterdaad met name de schenking van hand tot hand hier in? Men kan de zakelijke overeenkomsten onderscheiden in die met strekking betaling, waarbij dus een voorafgaande verbintenis een rol speelt, en in die met een andere strekking. Gaan deze laatste gepaard met onmiddellijke feitelijke bezitsverkrijging dan spreekt men van overeenkomsten metterdaad. Hoe fraai deze term ook is, zij schijnt mij afkeurenswaardig, omdat daardoor ten onrechte de indruk gevestigd wordt, dat voor deze soort zakelijke overeenkomsten een apart regiem geldt. Alle zakelijke overeenkomsten mits behoorlijk gecauseerd, bewerken de overgang ¹⁾. Rechts-theoretisch is er niet de minste reden een voorafgaande obligatoire overeenkomst te eisen.

Is er met het gevonden begrip iets gewonnen? Uiteraard ben ik allerminst geschikt daarover een uiteindelijk of zelfs maar een obiectief oordeel te geven. Hem, die meent het te moeten ontkennen, zou ik er echter op willen wijzen, dat de eenvoud in een rechtssysteem een moeilijk te overschatten waarde vertegenwoordigt. Ik meen inderdaad een zekere eenvoud gebracht te hebben.

Uitgaande van het persoonlijke karakter van het vermogen, konden wij de aan de vermogensverschuiving annexe problemen van uit één gezichtshoek bezien. Het verband tussen zekere rechtscomplexen werd verduidelijkt. Ik noem zakelijke overeenkomst in verband met obligatoire; schenking en overdracht om baat; schenking en ongegronde vermogensvermeerdering. Door het systeem konden wij vroeger aprioristisch gestelde vereisten op hun intrinsieke waarde toetsen, hetgeen meebracht de verrijking en verarming als

¹⁾ Men denke aan de op p. 82 genoemde mogelijke beperking op grond van „regstittel” in art. 639 B.W.

wezensbestanddelen van de schenking te verwerpen. De werkelijke betekenis werd achterhaald, waardoor de kern en hoofdbetekenis van de schenking bloot kwam, te weten de gemotiveerde vermogensverschuiving. Hierdoor werd een algemeen geldend schenkingsbegrip gewonnen, dat de soepelheid bezat incidenteel bijzondere criteria te verdragen. Hierdoor werd enerzijds de eenheid, anderzijds het verschil in betekenis van de vele positiefrechtelijke schenkingsvoorschriften begrijpelijk. Dit systeem bracht billijke en bevredigende oplossingen voor problemen als remuneratoire schenking en de verhouding schenking — natuurlijke verbintenis, terwijl het mogelijk maakte de schenking van verbintenissen om te doen en niet te doen te erkennen.

Moge het oordeel van anderen, die wel tot oordelen bevoegd zijn, niet te veel verschillen van het mijne! Dan zou ik de voldoening schenkende overtuiging kunnen krijgen, dat ik dit werk, dat de bitterheid met zich draagt het einde van het studenten-zijn te betekenen, niet geheel voor niets verricht heb.

GREEP UIT DE GERAADPLEEGDE LITTERATUUR.

De bedoeling van de hierna volgende lijst is zeer beperkt. Het hoofddoel is de verkort geciteerde werken uitvoerig te noemen. Daarbuiten heb ik slechts enkele werken naar willekeur genoemd om dusdoende voldoende aanknopingspunten te geven om alle bestaande litteratuur te vinden. Het werk van Ripert: *Etude critique de la notion de la donation* (Paris 1931) bleek hier te lande niet te raadplegen. Asser-Kamphuisen afl. 2 verscheen te laat om er nog rekening mee te kunnen houden.

M. H. Bregstein: *Ongegronde Vermogensvermeerdering*.

J. C. H. v. Beeke: *Schenking*.

S. v. Brakel: *Liberaliteit als element van schenking*.
N.J.B. 1938. 241.

K. Bartholdy: *Der Begriff der Schenkung*.

A. R. de Bruijn: *Het verbod van schenking tusschen echtgenooten*
W.P. 3859 v.

A. R. de Bruijn: *Het sluiten van zaken buiten de huwelijksgemeenschap door erflaters en schenkers overeenkomstig artikel 175 slot van het burgerlijk wetboek*.

G. de Bois-Juzan: *De la cause en droit français*.

H. Capitant: *De la cause des obligations*.

J. Champeaux: *L'acte à titre gratuit en droit civil français*, 1931.

Chévrier: *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*.

P. W. van Doorne: *Problemen van consideration en causa*. (Scholten-bundel).

H. F. R. Dubois: *Eenige vragen over inbreng en inkorting*.

H. A. Drielsma: *Obiectiveering van het vrijgevingheidsbegrip bij de overeenkomst van schenking*. W. P. 3603.

W. J. A. J. Duynstee: *Het wezen der natuurlijke verbintenis*. (Scholtenbundel).

J. Eggens: *Overdrachts- en schenkingsrecht*. 1923.

Id: *Vrijgevigheid* W. P. 2813 v.

Esmein: *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français*.

Furgole: *Ordonnance de Louis XV sur les donations*.

- Id.:** Questions remarquables sur la matière des donations.
- E. v. d. Heijden:** Natuurlijke normen in het positieve recht.
- Id.:** De oorzaak in het contractenrecht.
- J. Hamel:** La notion de cause dans les libéralités.
- F. Haymann:** Zuwendung aus fremden Vermögen. Jherings Jahrb. 1927 p. 188.
- Id.:** Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft. Jherings Jahrb. 1910 p. 86.
- Hartogh:** De oorzaak van overeenkomst en schuldbekentenis.
- E. Jung:** Die Bereicherungsansprüche. 1902.
- L. Josserand:** Les mobiles dans les actes juridiques.
- J. v. d. Kolk:** De oorzaak in het Fransche en Nederlandsche verbintenissenrecht.
- Kamphuisen:** De leer van het justum pretium herleefd. W.P. 3314 e.v.
- Id.:** Het begrip last bij making en schenking. W.P. 3941 ev.
- I. Kisch:** De overeenkomst metterdaad. (Scholtenbundel.)
- A. Liebisch:** Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht.
- P. B. Libourel:** Schenking.
- Id.:** Wat is „vrijgevigheid”? W.P. 2807.
- P. A. J. Losecaat Vermeer:** Beschouwingen over de natuurlijke verbintenissen. (Meijersbundel.)
- B. J. de Leeuw:** Schenking of betaling. W.P. 2997.
- O. Lenel:** Die Lehre von der Voraussetzung. Archiv civ. Praxis. 74.213 en 79.49.
- Id.:** Parteiabsicht und Rechtserfolg. Jherings Jahrb. 19.154.
- R. von Mayr:** Die conditio des Römischen Privatrechts.
- J. Maury:** La notion d'équivalence en droit civil français.
- E. M. Meijers:** Eenige vragen over inbreng en inkorting W.P. 3219.
- Id.:** Natuurlijke en onvolkomen verbintenissen W.P. 2963v.
- Id.:** Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation en droit romain. Revue d'histoire du droit de Haarlem. 1936 p. 365 v.
- W. H. Nolens:** De leer van den H. Thomas van Aquino over het recht.
- J. C. van Oven:** De oorzaak der overeenkomst. W.P. 3385.
- Id.:** Schenking en fatsoensverplichtingen. N.J.B. 1933.

- Id.: Nog eens: natuurlijke verbintenis en schenking N.J.B. 1942.
- P. Oertmann: Entgeltliche Geschäfte.
- C. J. J. M. Petit: Beweegreden of oorzaak van making en schenking. (Meijersbundel.)
- Id.: Overeenkomsten in strijd met de goede zeden.
- F. Pringsheim: Animus donandi. Zeitschrift d. Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte; röm. abt. nr. 42 p. 273.
- M. Planiol: Classification synthétique des contrats.
- H. Regnault: Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau.
- G. J. Scholten: De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst.
- F. von Savigny: System des heutigen Römischen Rechts.
- C. O. Segers: Donner et retenir ne vaut.
- J. B. Sens: Overname van openbare straten. Weekbl. voor Gemeentebelangen 1929 p. 425.
- W. P. H. Smits: Natuurlijke verbintenis. R. M. 1925 p. 403.
- J. E. Scholtens: De geschiedenis der natuurlijke verbintenis sinds het Romeinsche recht.
- O. Schreiber: Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht. Jherings Jahrb. 60.106.
- P. Timbal: Des donations rémunératoires.
- B. Windscheid: Die Lehre des Röm. Rechts über die Voraussetzung.
- Id.: Die Voraussetzung. Arch. civ. Prax. 161 v.



